

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La tentativa criminal en la doctrina y en la legislación  
comparada**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Manuel Beloi García Almengor**

**Madrid, 2015**

R.303.527

UNIVERSIDAD DE MADRID

Facultad de Derecho

---



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5320131199

TE

564

LA TENTATIVA CRIMINAL  
EN LA DOCTRINA Y EN LA  
LEGISLACION COMPARADA

---

Tesis para optar al título de  
Doctor en Derecho

Catedrático: Dr. D. Antonio  
Quintano Ripollés.

Ponente : Manuel Beloi  
García Almengor.

Madrid, 1965

---



129735038

D e d i c a t o r i a :

---

A Lincoln Erasmo,

Karen Lynette

y

Manuel Beloi,

mis hijos, con todo el

cariño y la devoción.

## I N T R O D U C C I O N

Al adoptar, en esta tesis doctoral, como objeto de nuestro estudio el tema: "La Tentativa Criminal en la Doctrina y en la Legislación Comparada", nos guían motivos especiales, cuáles son, nuestra predilección por los asuntos penales y la intención que nos anima de alcanzar, algún día, esa especialización jurídica.

Por una parte, el presente trabajo surge como producto de nuestra inquietud por conocer las vivas controversias que el tema ha suscitado en la doctrina y que han repercutido en la legislación y en la jurisprudencia nacionales; y por otra, la considerable influencia que ejerce la figura jurídica de la tentativa en todo el sistema criminal y en la seguridad pública y particular, constituyen las razones fundamentales que han comprometido nuestra atención sobre esta fase del delito, que amenaza con lesionar el derecho penalmente protegido.

El tema a desarrollar, es uno de los más difíciles de la Dogmática Jurídico-Penal; es tarea ardua, por la desmesurada amplitud del tema. Requiere un previo conocimiento de la Parte Especial del Derecho Penal, en virtud del carácter de accesoriedad que caracteriza la tentativa,



sido nuestra guía instrumental en el desarrollo de la materia.

En este estudio, muy lejos de agotar el tema, nos limitamos a exponer aquellas situaciones y problemas que, a nuestro modesto entender, sintetizan las corrientes predominantes de esta figura en el campo doctrinal, que aún presenta contornos imprecisos en el ámbito de las actividades ilícitas.

La investigación la hemos dividido en siete capítulos.

En el Primer Capítulo se ensaya una breve sinopsis de Los Diversos Momentos del Iter Criminis, sin entrar en pormenores, a fin de lograr la ubicación de la tentativa.

El Segundo Capítulo trata de una concisa Reseña Histórica de la figura, así como su delimitación Normativa en su Contenido Material. En él se analiza la noción, la estructura tanto física como moral, presupuestos de la conducta, así como la naturaleza de los actos constitutivos de la tentativa.

El Tercer Capítulo abriga el propósito de determinar la Naturaleza Jurídica así como los fundamentos esgrimidos por la doctrina para sancionar penalmente el comienzo de ejecución del delito. Finalmente, se ensaya una incursión a la Legislación Comparada, tomando como puntos

de confrontación la fundamentación y la punibilidad de la tentativa en varias legislaciones de América y Europa.

El Cuarto Capítulo trata de los Actos Preparatorios y la Tentativa. En él se procura ubicar el mínimum de la ilicitud penal. Se exponen las posiciones doctrinales de más resonancia y sus correspondientes críticas, que afirman y niegan la delimitación de los Actos Preparatorios de los Ejecutivos.

El Quinto Capítulo entra en consideraciones sobre la Tentativa Inidónea o el Delito Imposible en la Doctrina y sus incidencias en la legislación desde un punto de vista crítico;

El Sexto Capítulo trata de la Tentativa y el Delito Frustrado tanto en la Doctrina como en la Legislación. Se procura demostrar, siguiendo a reputados autores, la inadmisibilidad lógica del delito frustrado, que no tiene razón de existir como figura intermedia entre la tentativa y la consumación, debido a la carencia de contornos nítidos y precisos con la tentativa. Se aboga por una unidad conceptual a fin de lograr una unidad jurídica en las legislaciones nacionales.

El Séptimo y último Capítulo pretende ubicar El límite Superior de la tentativa y trata de la Eficacia del Desistimiento. Se exponen ciertas consideraciones acerca

del Desistimiento de la actividad criminosa; entre ellas, sus fundamentos o su naturaleza jurídica en la doctrina y sus repercusiones en algunas legislaciones americanas y europeas.

Repetimos, el trabajo que presentamos no introduce novedad alguna, de manera especial en cuanto a la parte doctrinal. Nuestra tímida aportación, si algún mérito conlleva, es el producto de nuestro afán sincero de reunir, interpretar y valorar los adelantos y las sugerencias que nos brinda la doctrina y las legislaciones, que sin duda alguna serán de positivo y relevante beneficio comunal en el desarrollo de mi país.

Abrigamos las más firmes esperanzas que las experiencias obtenidas en nuestro exilio cultural voluntario en Europa, preferentemente las adquiridas de la Madre Patria, sean de inmediata utilidad para el perfeccionamiento y desarrollo de nuestro sistema criminal.

Si esas esperanzas tienen correspondencia en el plano de la realidad, nos sentiremos orgullosos y gratamente recompensados, al saber que algo hemos aportado -aunque modestísimamente- al prestigio del país de origen.



## C A P I T U L O   I

---

### DIVERSOS MOMENTOS EN LA VIDA DEL DELITO

- I. Planteamiento.
- II. El Iter Criminis.
  - A.- Fase Interna.
    - Ideación, Deliberación, Resolución.
  - B.- Fase Externa.
    - 1. Los Actos Preparatorios.
      - Las resoluciones manifestadas: Conspiración, Proposición y Provocación.
    - 2. La Acción Imperfecta.
      - 1. La Tentativa.
      - 2. El Delito Frustrado.
        - a) Ejecución de todos los actos necesarios para su consumación,
        - b) Falta de consumación por causas independientes de la voluntad.
  - 3. El Delito Consumado.

## C A P I T U L O    I

---

### DIVERSOS MOMENTOS EN LA VIDA DEL DELITO

#### I.    PLANTEAMIENTO:

Las complejidades de la vida social y las diversas relaciones del hombre con el medio que lo circunda, han demostrado la necesidad de reprimir los actos de los individuos, que pudieran ser lesivos a la vida, a los bienes, a la propiedad; en suma, a todo cuanto significa un interés ajeno. Es esta la razón por la cual el mundo de las normas jurídicas tiene como finalidad intrínseca e innegable lograr la protección de los asociados en un determinado Estado de Derecho, bien limitando a sus justos límites al individuo o el grupo componente de la sociedad, o dando a cada elemento de la célula social lo que le corresponde.

En nuestra era ningún ser pensante y racional niega la tremenda importancia del Derecho en el desenvolvimiento del individuo y de la sociedad. La función que tiene en la vida social es inmarcesible; tiene por misión frenar la voluntad individual, rechazar a los usurpadores del derecho de otro que se salen del círculo que les está permitido. En síntesis, es un vínculo que une y hace posible la vida del

individuo en el conglomerado social.

Ahora bien, la importancia creciente que ha adquirido la Ciencia Penal en el desenvolvimiento y progreso de la sociedad es notable, y a pesar de que hoy en día ciertos conceptos atraviesan por una crisis profunda, debido a que todo se discute, todo se quiere reformar, unos afirman y otros niegan, no podemos poner en duda que el Derecho Penal, como garantizador de la justicia, encuentra su fundamento en la defensa del interés común, del bienestar general y del respeto recíproco, de uno a los otros. Su influencia es necesaria para la conservación y para la tranquilidad sociales, evitando a todo trance la impunidad de conductas malvadas y perversas.

Hecho este brevísimo exordio, el problema que ahora ocupa nuestra atención, no es el de analizar las diferentes corrientes del Derecho Penal, ni la de investigar la noción teórica del delito, los factores que intervienen en él, ni el de escudriñar acerca de sus elementos esenciales, sus características, sus diferentes especies, agravantes, atenuantes, etc. Tampoco nos incumbe examinar el tratamiento que se le da al delincuente, ni su antropología, caracteres, etc., pues ello es motivo de otros temas. No pretendemos pecar de novedosos, pues es posible que tal actitud sea capaz de envenenar el ambiente de los estudios realizados y de conducirnos a errores de principios y a opiniones insostenibles. Interesa sí, la disección del desarrollo del delito en sus fa-

ses internas y externas, para establecer desde un límite - preciso cuándo principia una actividad ilícita, cuándo se da la tentativa de delito, cuándo se frustra o cuándo se consuma éste, qué acciones son punibles y cuáles no tienen trascendencia jurídica. He aquí los problemas que nos preocupa delimitar en la búsqueda de un criterio valedero y cierto, que nos permita conocer los diversos momentos de la vida del delito; es decir, urge investigar los diferentes trayectos - recorridos por el delito desde su ideación hasta su consumación, para luego referirnos con mayor amplitud al punto primordial de este trabajo: la tentativa criminal que, según el concepto de muchos penalistas, interesa sobremanera a la seguridad pública y a la particular, influyendo de manera decisiva en la doctrina y en la práctica del Derecho Penal.

## II. EL ITER CRIMINIS;

De las múltiples definiciones que se dan del delito se desprende que es condición intrínseca del mismo, la - existencia de una violación del orden jurídico establecido con carácter permanente por el Estado. Es innegable que para que esta violación sea efectiva es preciso que opere una manifestación de la conducta del hombre acompañada de un resultado que rompa el equilibrio existente en las relaciones que tiene con sus semejantes, conmoviendo la conciencia pública a consecuencia de la alarma social que tal acto ilícito pueda producir en el ánimo de los asociados.

Y a pesar de que la idea y la voluntad criminales con ausencia de exteriorización, consideradas aisladamente, no infringen ni perturban el orden jurídico, razón por la cual no tienen importancia en el ámbito legal, nos urge investigar, para los fines ya dichos, el conjunto de momentos que median entre la iniciación del propósito criminal y la violación de la norma penal. A ello nos encaminamos en las líneas que siguen.

En la vida delictiva, salvo ciertas excepciones, para que un individuo transgreda los ordenamientos contenidos en la esfera jurídico-penal, es preciso que conciba la idea de perpetrar un hecho criminoso, delibere para llevarlo a cabo, y luego decida o resuelva pronunciarse a favor de una actitud ejecutando los actos preparatorios y los ejecutivos necesarios para lograr los afectos anhelados.

El delito así concebido está integrado por ciertos actos sucesivos, que algunos autores denominan proceso, grado, generación o momentos de la vida del delito, distinguiéndose en su gestación dos aspectos: el subjetivo y el objetivo. El primero, se conoce por fase interna o psíquica; el segundo, por fase externa o física.

De ahí que los teóricos del delito, acordes en que éste no es de un todo indivisible, conciben su existencia como productos de una acción física precedida por otra psíquica, ya que en su formación interviene una actividad mental y otra que algunos llaman muscular o mecánica.





La fase interna está integrada por "la idea del delito que surge como reacción a cualquier estímulo o impulso del mundo exterior; continúa en la deliberación o reflexión, etapa ésta caracterizada por la lucha entre la idea criminal y las fuerzas morales inhibitorias que la rechazan, lucha en la cual el triunfo de la primera de estas fuerzas tiene como manifestación propia, el ánimo, el propósito y , aún hasta la voluntad de delinquir" (1).

Esta fase carece de trascendencia jurídica porque se considera absurdo castigar al sujeto por el solo pensamiento.

La fase externa se manifiesta por la exteriorización del propósito criminal o por los actos preparatorios , los actos ejecutivos y culmina con los actos consumativos .

Los dos últimos interesan enormemente al campo jurídico para los efectos de la punibilidad y la consiguiente represión; la primera fase se caracteriza por su impunidad, salvo algunas excepciones, a las cuales nos referiremos.

Estas etapas, conocidas como el *iter criminis* "supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa des

---

(1) Vázquez Abad, Angel Martín. Tratado de Derecho Penal colombiano. Ediciones: "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948, pág. 78.

de que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes" (2).

A. Fase Interna.

Ideación, Deliberación, Resolución.

Se atenta contra un interés protegido por la ley, mediante la comisión de un acto físico externo que agrade al bien tutelado. De allí que la ley por regla general no castiga los actos internos, sino los actos exteriores y con mayor fundamento sus resultados, siempre y cuando incidan dentro de la órbita del Derecho penal.

Es cierto que los delitos nacen de un acto interno, de un pensamiento o de voliciones desarrolladas en la intimidad del individuo, pero los actos internos criminosos, considerados aisladamente de los actos exteriores, físicos y reales, lógicamente no pueden ser objeto de pena, porque indudablemente no vemos cómo puede causarse un daño con el solo pensamiento no manifestado exteriormente; en cambio no podemos decir lo mismo cuando el pensamiento se pone en ejecución por medio de una acción física y externa, pues de ahí es deducible que un mal o un daño se le va a irrogar a un semejante.

Nuestras legislaciones, influídas enormemente por aquellos principios sagrados que nos ha legado la memorable Revolución Francese, han considerado siempre, y lo seguirán

---

(2) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 2da. Edición, México, Edit. Hermes, 1954, pág. 459.

considerando, que es muy remota la posibilidad de que el solo pensamiento puede causar daños eminentes, ya que debido a su falta de exteriorización ni siquiera puede considerársele nocivo en materia penal. Castigar la mera idea delictiva se ría un absurdo, pues carece "de todo fundamento de justicia, es violar solemnemente los más venerados derechos de la humanidad y es un ensañamiento cruel y feroz contra el género humano, el establecer que carece de derecho para castigar los pensamientos malvados no realizados, y que es sólo tolerancia el abstenerse de ello" (3).

Ello se explica por sí solo; basta imaginarnos cuantos delitos se piensan, se conciben, se gestan en la mente del criminal, cuántos pensamientos perversos se realizan, y, sin embargo, cuántos, son físicamente imposibles de ejecutar se. Ahora bien, si el pensamiento no importa una acción nociva a la sociedad, con mucha mayor razón, sostenemos que solamente se pueden prohibir y castigar aquellas acciones que sí son nocivas y perjudiciales al conglomerado social, o "cuando produzcan de por sí una perturbación jurídica, constituyendo entonces un delito consumado como los de amenazas o injurias o inducción para la ejecución de otro delito" (4).

---

(3) Romagnosi Giandomenico. "Génesis del Derecho Penal". Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1958, pág. 241.

(4) Antón Oneca, José. "Derecho Penal". Madrid. Edit. Reus, S.A.- Preciados, 6, 1929, pág. 27.

Todos estos hechos psíquicos conscientes reflejados en las ideas, sensaciones, pensamientos, voliciones, entran en la etapa de la deliberación cuando el presunto delincuenta realiza un juicio crítico sobre ellos, analizando su pro y contra. La gestación criminal se va haciendo un poco más viable, se va perfeccionando cuando entran en juego el discurrimiento y la meditación en torno a los móviles y motivos perseguidos, analizándose los medios de su ejecución y las inconveniencias o ventajas que traería una vez realizado el ilícito. Se entra, luego, en la etapa de la resolución, cuando hay un pronunciamiento de decisión encaminado a ejecutar una actividad determinada, cuando la disposición del ánimo del agente asume definitivamente e irrevocablemente - esa decisión que no habrá de variarse.

Todo este proceso que se desarrolla en los estratos interiores del alma del individuo, carente de una manifestación exterior, repetimos, difícilmente podrá ser reprimido.

Algunos autores proclaman la punibilidad de las ideas cuando éstas se exteriorizan y cuando en sí representan un atentado contra el equilibrio social. A ello replica Jiménez de Azúa, así: "Con la sediciosa teoría de la punibilidad de las ideas, de lo que se trata es de matar la libertad del pensamiento; pero ésta debemos salvarla a toda costa, pues su pérdida nos llevaría a la estatificación de la ciencia del pensar....., "Todo lo que sea -



fase interna y expresión del pensamiento, cuando esta expresión no se dirija a algunos de los delitos tipificados en el Código, debe quedar a extramuros de la penalidad. Lo que se podrán incriminar serán las resoluciones manifestadas en aquellos casos en que se aprecie la objetividad jurídica infringida" (5).

Hoy día, la inmensa mayoría de las legislaciones siguen un criterio unánime en el sentido de que no se les podrá pedir cuentas a las personas de sus pensamientos, deseos íntimos, siempre que no sean exteriorizados por la empresa de una fechoría o acto ilegal, o no den lugar a la comisión de un acto previsto por la ley.

B. Fase Externa.

1.- Los Actos Preparatorios (6).

El delito, salvo ciertas excepciones, no puede consumarse si no se dispone de una preparación para hacerlo efectivo; de modo, que si la actividad criminal surgiera intempestivamente, sin premeditación ni deliberación alguna que se pudiera deducir, no habría motivo para tratar el acto preparatorio en el presente estudio sobre la tentativa criminal. También, disminuiría su importancia en material penal si tales actos preparativos condujeran siempre a la consumación del delito, o a la configuración de la tentativa, ya que

---

(5) Jiménez de Azúa. Op. cit., pág. 462.

(6) Sobre este tema nos referiremos con cierta amplitud en el Capítulo IV.

si la actividad ilícita es fácilmente deducible una vez tipificado el delito, no habría necesidad de ahondar en los hechos de mera preparación, pues éstos por sí mismos no nos demuestran la violación de la norma jurídica. El delito - configurado y completamente demostrado no admite dudas en cuanto a la sanción que le cabe al delincuente. En cambio, si la progresión criminosa no recorre los grados aludidos ~~del~~ delito, estaremos ante un caso difícil para establecer la - inciatión de la actividad ilícita; por ello urge su estudio para poder determinar el umbral mínimo de la ilicitud de la tentativa.

Oportunamente expondremos la línea de demarcación entre estos actos y los ejecutivos, que nos permita fijar los puntos de transición entre lo ilícito y lo no incrimina  
ble.

Se entienden por actos preparatorios todos aquellos hechos aptos y apropiados para la ejecución de una acti  
vidad ilícita, pero que no llegan a constituir los elementos esenciales y necesarios para la configuración del delito. Es por lo anterior que los autores y la doctrina, concuerdan en que estos actos no son punibles porque son equívocos, no re  
velan de modo claro y preciso la intención delictiva neces  
aria para sancionar. Por ejemplo, la compra de un puñal con ánimo de herir a otro, no es por sí suficiente, para incri  
minar al comprador con base en que intenta un propósito cri  
minal. Ello porque se precisa un principio de ejecución que

así lo evidencie.

Algunos autores, entre ellos los clásicos, manifiestan que propiamente no existe en esta etapa un principio de violación de la norma penal que tipifique el delito que se desea cometer. Esta circunstancia, aunada al hecho de la particularidad que presenta "su naturaleza indeterminada que **hace peligroso** su castigo en cuanto se presta a la arbitrariedad judicial" (7) y por ciertas consideraciones de índole político en apoyo de la libertad del pensamiento robustecen el criterio de la carencia de punibilidad de las actividades preparatorias. La posesión de un recipiente contentivo de arsénico o cualquier veneno activo con fines homicidas, no indica que se ha empezado a ejecutar un fin ilícito. Se empieza a violar la norma penal cuando se compele a la víctima a ingerir el contenido.

Se viola la excerta legal con uno o más principios de ejecución dirigidos directamente a la comisión delictiva. Al aceptar la tesis de Carrara, en el sentido de que en los actos que aludimos falta todo principio de ejecución, forzosamente tendríamos que aceptar la impunidad de los actos preparatorios y a la vez convenir con Cuello Calón en que "el delito preparado no es más que un delito en potencia, no es aún un delito real y efectivo; éste sólo existe cuando comienza a violarse la norma penal" (8).

---

(7) Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 471.

(8) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Duodécima Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 588.

No obstante lo expuesto, estos actos son punibles, según la dirección positivista, cuando se ejecutan por personas cuyos antecedentes penales revelan una peligrosidad que no admite duda, o cuando tales actos vislumbren suma gravedad que ponga en peligro la estabilidad social.

En principio, los simples actos preparatorios son ordinariamente impunes, salvo las excepciones establecidas por los ordenamientos jurídicos. En las diversas legislaciones imperantes los actos preparatorios están excluidos de la penalidad, salvo en casos especiales predeterminados por la ley. Veamos, la legislación penal española (art. 3º del C.P. de 1944) estima como actos preparatorios punibles las resoluciones manifestadas como la conspiración, la proposición y la provocación. Las legislaciones iberoamericanas como la de Chile (art. 8), Bolivia (art. 35), Salvador (art. 4), Honduras (art. 4º, párrafo 4º), Uruguay (art. 7º), Guatemala (art. 19), Ecuador (art. 17), establecen sanciones a la conspiración y la proposición.

La ley española ha declarado punibles ciertos actos preparatorios como los consignados en los 314, 315 y 509 del Código Penal (útiles destinados a la falsificación, la de instrumentos destinados al robo, etc.). La punibilidad, de los mismos, sobreviene a menos que hubiese "descargo suficientes sobre su adquisición o conservación".

Según el Profesor del Rosal, en la jurisprudencia española no existe resolución alguna que contenga una decla-



ración de la no punibilidad de los actos preparatorios y ha pecado de vacilante en la delimitación de los actos ejecutivos y los preparatorios, hasta el extremo de que ha considerado alguno de estos actos como ejecutivos, cuando ellos impliquen un atentado contra la salud pública o el orden de la familia. Para robustecer su aseveración nos señala las sentencias del 23 de Abril de 1896 y de 6 de Junio de 1905. -- Nos cita otras, en las que se ha valorado como actos  ejecutivos de aborto y de adulterio, los que sólo eran meramente actos preparatorios de tales delitos (9).

Las vacilaciones de la jurisprudencia española en la delimitación de los actos preparatorios y los ejecutivos, no sólo es propia de ella, sino más bien propia de las jurisprudencias nacionales. Es frecuente en los diversos países del continente ~~americano~~, (cuyos códigos, en su gran mayoría no se ocupan de los actos preparatorios).

Esta imprecisión ha surgido de la imposibilidad de obtener una delimitación del actuar ilícito mediante una fórmula legal, válida y operante para todos los casos, razón - por la cual, nuestras jurisprudencias son muy dadas al casuismo y han dejado, en la práctica, al prudente arbitrio - del juzgador la determinación de cuando se da un principio de ejecución criminal o cuando se está ante un caso exento

---

(9) Del Rosal, Juan. Derecho Penal Español. Tomo II. S. Aguirre Torre, impresor, Madrid, 1959, pág. 102.



de sanción legal. Lo que no deja de merecer por ciertos autores severas críticas, pues, según ellos va en desmedro del sistema legal positivo y de la dogmática jurídica.

La dificultad en lograr un criterio uniforme en la delimitación de los actos ejecutivos y preparatorios no es única, es propio de todo el Derecho Penal. Ha sido largamente debatida en la doctrina. Existen numerosas posiciones doctrinales que afirman la posibilidad de la delimitación y otras que la niegan (véase Cap. IV).

Las resoluciones manifestadas: Conspiración, proposición y provocación.

Ante la interrogante, ¿en dónde empieza lo delictivo?, señalamos que el solo pensamiento no puede ser incriminado. El delincuente, necesariamente, tiene que ser juzgado por sus obras realizadas, pero no por la sola intención sumergida en lo más profundo de su pensar. En cambio, algunas resoluciones exteriorizadas, consideradas como actos preparatorios, son objeto de sanción penal cuando así lo prevé la ley, tales como la conspiración, la proposición, las amenazas, etc., y que en atención al peligro inminente que implican, provocando una alteración y un desorden social en el mundo circundante, resulta imposible e injusto dejar impune esa intención perversa y esa energía criminal revelada por el acto externo y notorio de la manifestación.

Valga la pena observar que Jiménez de Asúa no considera estas resoluciones manifestadas como actos prepa-)

ratorios, más bien las excluye, y las coloca fuera del ámbito de la punibilidad, salvo en aquellos casos en que se determine la objetividad jurídica infringida. Afirma que la proposición y la conspiración no son actos preparatorios, si no que tienden a un delito determinado.

No son actos preparatorios porque éstos son esencialmente actos externos y materiales; en cambio la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino únicamente actos verbales. No obstante, añade que la distinción podría variar cuando el acto verbal de conspirar o proponer se le agregan otros actos, como la posesión de armas, explosivos, etc.

Los diferencia de la tentativa en el sentido de que no están orientados por un tipo rector de delito, como lo es el principio de ejecución, de empezar a matar, empezar a robar, etc. (10).

La tendencia de la moderna **dogmática** se aparta de esta posición doctrinal e incluye los actos generadores de la conspiración y de la proposición cuando son inequívocos, dentro de los actos preparatorios punibles. La dogmática española y la de ciertos países iberoamericanos observan esta corriente. Quintano Ripollés, es partidario de esta tendencia, pues, considera que en tales resoluciones manifestadas "existe en todo caso, una preparación externa de -

---

(10) Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 465.

la actividad delictiva que no es aún ejecutiva, por lo que el nombre de actos preparatorios puede convenirles sin escrúpulo alguno, quedando impunes tan sólo los de ideación interna" (11).

Conspiración:

En algunos países se le llama "complot" a la conspiración como sucede en Haití y Venezuela. En otros se le conoce con el término de "trama" como acontece en la Rep. Dominicana.

"Existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo". (Art. 4º Código Penal español).

Para que se dé la conspiración, se exige, pues dos requisitos:

- 1).- La concurrencia de dos o más personas que acuerden ejecutar un delito, y
- 2).- que decidan llevarlo a cabo.

De modo que no habrá conspiración si no existe tal acuerdo. "Tampoco lo habrá si, aunque se hubiesen concertado, esto es, llegado a un acuerdo acerca del lugar, modo y tiempo, en que el crimen podría practicarse, no hubiesen sin embargo, decidido ponerlo por obra" (12). Quintano Ripollés participa del mismo criterio al sostener que "los elementos

---

(11) Quintano Ripollés, Antonio. Curso de Derecho Penal. 1er. Tomo. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 225.

(12) Silvela, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Madrid, 1879, Impr. M.G. Fernández, pág. 150.



proprios y positivos de la conspiración son el concierto previo y la resolución, no bastando, pues, el mero planeamiento preliminar sin acuerdo ejecutivo" (13).

Proposición:

Según el Código penal chileno, (art. 8º, inc. 3) existe "cuando el que ha resuelto cometer un crimen o simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas".

Exígesse también dos requisitos para que tenga lugar:

- a) que una persona resuelve cometer un delito, y
- b) que le proponga a otro u otros su ejecución.

De modo que no se da si la persona que lo propone no está decidida a ejecutarlo; "ni será tampoco suficiente que haya persona decidida a delinquir, si se limita a pedir a otra consejo sobre el modo de efectuarlo, o a cualquiera cosa que no sea el procurar determinar su voluntad a la comisión del crimen" (14).

Se diferencia de la conspiración, en que no precisa como elemento constitutivo el acuerdo o concierto de voluntades, sino su comunicación, interviniendo la voluntad resolutoria del proponente (15).

Tanto la conspiración como la proposición, generalmente, se encuentran definidas en la Parte General de los

---

(13) Quintano Ripollés, Op. cit., pág. 225.

(14) Silvela. Op. cit., pág. 150.

(15) Quintano Ripollés. Op. cit., pág. 225.

Códigos. Además del de España, tenemos los de Brasil (art. 3º), Chile (art. 82º), Nicaragua (art. 5º), Salvador (art. 4º), Honduras (art. 4º, párrafos 5º y 6º), Uruguay art. - 7º), Guatemala (art. 19º), Ecuador (art. 17º), etc. Otros definen la conspiración en la Parte Especial, como lo hace Méjico (art. 132º) y Colombia (art. 124º), etc.

Valga la pena decir que en América, tanto la conspiración como la proposición, generalmente no son punibles. Sólo se sancionan en los casos en que la ley expresamente lo determine. Por lo general esos casos suelen ser los delitos de traición, rebelión y sedición, como ocurre en el Paraguay, Brasil, Chile, Nicaragua, Salvador, Honduras. En otros suele ser el magnicidio como ocurre en Honduras, Salvador, Rep. Dominicana, Costa Rica. El espionaje en Méjico.

#### Provocación:

También en las resoluciones manifestadas se distingue otra categoría, conocida como la provocación, la cual existe, según el art. 4º, inc. 3º del Código Penal español, "cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier - delito, se castigará como inducción".

Según Calón, la provocación no es propiamente una etapa de gestación del delito; más bien es una forma de participar en su ejecución, pero necesariamente no implica que el delito debe consumarse.

Por ello en la disposición citada se dice que si -

el delito se ejecuta, la provocación se castigaría como inducción, la cual no es más que la gestión del ánimo encaminado a delinquir alcanzando el propósito criminal.

Estas dos figuras -provocación e inducción- tienen de común que ambas incitan a la perpetración de un ilícito penal; en la provocación se incita al crimen indirectamente, en cambio, en la inducción por medios directos.

El Código Penal español, exige, para que haya lugar a la provocación, el empleo de medios eficaces, los cuales han de ser valorados por el prudente arbitrio del legislador (16).

## 2.- La Acción Imperfecta (17).

En este aparte, a manera de reseña, nos concretamos a señalar que ciertos autores y legislaciones como la de Panamá, la de España, Rep. Dominicana, Chile, Venezuela, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Honduras, Colombia, Guatemala, Suiza, etc., descomponen los momentos ejecutivos de acción imperfecta en la tentativa de delito y en el delito frustrado. Pero, en la moderna doctrina y una gran parte de los Códigos no establecen tal separación por ser concretamente difícil una delimitación rigurosa de las mismas, ante la carencia conceptual de contornos nítidos y precisos de las fronteras de la tentativa y de la frustración, que no hace posible erigir la una y la otra como figuras inde-

---

(16) Cuello Calón. Op. cit., pág. 606.

(17) En el Cap. V se analiza la acción imperfecta.

pendientes.

En este primer capítulo, por razones de método, - haremos una mención muy superficial.

1) La Tentativa:

Es esta una de las etapas que recorre el delito - después de haberse pensado, deliberado y resuelto a ejecu- tar y que se caracteriza por la acumulación de evidencias - incriminativas demostrada por uno o más actos ejecutivos , que dan facultad al Juzgador para reconocer la existencia del mínimun de la ilicitud penal suficiente para imponer - condena o sanción.

En la doctrina y en la legislación, no sólo son acreedores a pena los delitos que se consuman totalmente, sino también aquellos actos que se caracterizan por la falta del resultado deseado y que por la gravedad que representan ponen en peligro los intereses protegidos por la norma legal. La tentativa es uno de esos actos encaminado hacia la consumación de un tipo, pero que no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente comisor.

Según el Código penal español existe la tentativa "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito - directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento" (Art. 3º. C. P.).

Según el Código panameño, tentativa "es la ejecu-



ción de actos apropiados para cometer un delito, que dan principio a la realización del hecho punible sin llevarlo a cabo, por circunstancias independientes de la voluntad de quien lo ejecuta, y sin que haya cumplido cuanto es necesario para la consumación del delito..... (Art. 61 C.P.).

Son, pues, tres los elementos de la tentativa criminal en la legislación española y en la panameña, a sa ber:

Primero: Principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores. De esta frase se infiere la exclusión de los actos internos que siempre son impunes, y los preparatorios no encaminados a la realización directa del delito.

Segundo: La no realización de todos los actos de ejecución que debieran producir el delito. Se distingue así la tentativa del delito frustrado. (Véase Cap. VI).

Tercero: No se completa la ejecución del delito por causas extrañas a la voluntad del agente, es decir, que no se practican todos los actos de ejecución que debieran producir el hecho criminoso sea por causa o accidente que no sean propio y espontáneo desistimiento. (Véase Cap. VII).

## 2) El Delito Frustrado:

Vista la delimitación de la tentativa, que comienza con la ejecución del delito y culmina con la no realización de todos los actos que exige la consumación del ilícito a que iban encaminados, nos toca ahondar sobre el concep

to que se tiene de la otra modalidad del delito imperfecto: la frustración. En esta etapa del iter criminis se han realizado todos los actos de ejecución necesarios, pero el resultado no se ha logrado por elementos extraños a la voluntad del sujeto. Existe una consumación subjetiva del delito, pero en el campo objetivo no ha llegado a su culminación.

"En el delito frustrado, el agente obra hasta realizar todos los actos materiales de la ejecución; lo que acontece es que los efectos fallan por la interposición de cualquier elemento fortuito. Piensa y obra el agente de manera perfecta, pero no consigue lo deseado. Sucede en ello lo que acontece con la fuerza de gravedad, que no deja de atraer los objetos aunque se detenga en un punto de su caída porque se interpone otra fuerza distinta" (18).

En este sentido se inspira la legislación y la jurisprudencia de España, Panamá y otros países.

El Delito Frustrado, a diferencia de la tentativa, se define como aquel delito que llega hasta el último acto en que debió realizarse la consumación, pero que no se verifica por causas independientes al querer del agente comisor.

A través de las épocas, se han dado diversos conceptos del delito frustrado, tales como el de Romagnosi, que lo configura cuando el sujeto ha cumplido todo lo que de ordinario es necesario para su consumación, cuando se ha hecho todo lo que es necesario para consumarlo. Posteriormente,

(18) Motta Salas. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Rep. de Colombia. Tomo V, Vol. 1, 1944, págs. 459 y 460.



doctrina y la legislación han considerado que es menester que se hubiese cumplido todo lo que el agente, por su parte, ha debido hacer para la consumación delictiva.

No obstante, las anteriores concepciones coinciden en que existe frustración cuando la conducta criminal se ha realizado en su integridad y cuando el resultado no se ha llegado a verificar por causas ajenas a la voluntad del agente. Sus disparidades radican solamente en la manera de concebir cuándo se entiende que se ha logrado la plenitud del proceder ilícito.

Entendida así la frustración delictiva, hay que distinguir en ella dos elementos: a) ejecución de todos los actos necesarios para su consumación y, b) la falta de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Pasamos a ocuparnos de ello.

a) Ejecución de todos los actos necesarios para la consumación:

Desde el punto de vista objetivo no interesa indagar lo que el agente se proponía, ni en qué forma concebía el desarrollo de esa conducta, "habrá que estar, pues, a la descripción típica formulada por la ley penal, desentrañando de ella lo que el legislador ha querido que configurara la acción inculpada, y no a las previsiones del agente (19).

---

(19) Araujo, Orestes. La Tentativa, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Rep. del Uruguay, Montevideo, 1958, pág. 250.

En tal supuesto, la carencia de realización de los actos que exige la naturaleza del ilícito, da razón suficiente para desechar la concepción basada en la creencia del agente que estimó haber realizado todo lo indispensable para el configuramiento del delito anhelado.

Por otra parte, se afirma que el delito frustrado involucra su propia negación cuando la misma ley conceptúa que es menester la realización de todos los actos esenciales para la ejecución completa del delito, pues no se explica que si todos los actos se llevan a cabo por qué no se consuma. Por ello, una definición del delito frustrado contentivo de este primer elemento que se analiza sólo es posible desde un punto de vista subjetivo, por lo cual es de explicarse la tendencia que han seguido las diversas legislaciones, al no definir el delito frustrado, contentándose con describir ciertos actos merecedores de una penalidad mayor que aquellos que se han puesto en ejecución parcialmente. Esto, nos da asidero para estimar que se toma muy en cuenta el número de los actos tendentes hacia la consumación, para luego sancionar en mayor o menor medida.

Con el fin de encontrar una fórmula de entendimiento que concilie estas concepciones, los autores han propuesto que los actos que se deben realizar para la configuración del delito frustrado son aquellas que ordinariamente bastan para la realización del ilícito penal. Entre ellos tenemos a Romagnosi, quien define el delito frustrado como

"la ejecución razonada y libre, llevada en cuanto es posible hasta el extremo, de un acto físico externo, simple o complejo, del que se deriva ordinariamente un efecto injusto y nocivo, pero a la cual un accidente, o sea un caso fortuito, le impide obtener ese mismo efecto, en cuanto precisamente carece por tal accidente de este efecto nocivo" (20).

De esta definición se desprenden tres características, a saber:

a) El empleo de los medios físicos externos que ordinariamente se consideran adecuados para la completa ejecución del delito,

b) La certeza física de la realización del efecto que rido en consonancia con las leyes de ordinaria ocurrencia - que se da en la naturaleza, y

c) La no realización del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.

Con mayor detenimiento, en el Capítulo VI, analizaremos los presupuestos del primer elemento estructural de la frustración (ejecución de todos los actos necesarios para la consumación), a fin de determinar si resiste los rigores de la lógica.

b) Falta de consumación por causas independientes a la voluntad del agente:

Hasta esta etapa se supone que el agente realizó todos los actos ejecutivos necesarios, o de ordinaria ocu-

---

(20) Romagnosi. Op. cit., pág. 265.

rrencia, para que el ilícito se consumara, pero, debido a un obstáculo fortuito o a un accidente se frustró la consumación.

El peligro de la consumación del delito nació desde el primer acto ejecutivo hasta el último de la consumación; si, por el contrario, el obstáculo impositivo hubiese provenido de uno de los actos de ejecución, simplemente no habría frustración, pues ésta requiere, como dijimos anteriormente, la realización de todos los actos ejecutivos suficientes para perpetrar el ilícito.

Este elemento estructural de la frustración ha sido arduamente criticado, alegándose su poca consistencia, - pues, según los autores la falta de resultado en ciertas ocasiones obedece más que a circunstancias fortuitas, a indecisiones de la voluntad o a conflictos que perturban la lucidez del agente, intranquilizándose su conciencia. Esas circunstancias impositivas del resultado también se observan en la Tentativa. Por ello, la tentativa y la frustración, entre otras causas, se confunden en la práctica y niegan todo criterio valedero que pretenda la autonomía del delito frustrado frente a la tentativa, conforme destacaremos en el capítulo pertinente.

### 3.- El Delito Consumado:

En esta etapa se obtiene la culminación del iter criminis. El delito se consume tanto subjetiva como objetivamente, cumpliendo todos aquellos requisitos exigidos, sin

los cuales, no puede surgir a la vida jurídica.

Los cuerpos jurídicos se han abstenido de definir lo, pues la generalidad de los autores concuerdan que para determinar cuando un delito se tiene por consumado hay que tomar en cuenta el tipo legal a que se contrae el proceder ilícito.

No obstante, el código cubano y el brasileño lo definen. El primero dice así: "Se considerará consumado un delito cuando el acto querido por el agente se ha producido en su totalidad de acuerdo con los medios empleados para su consecución" (Artículo 26). El segundo considera que el delito se ha consumado "cuando en el se reúnen todos los elementos de su definición" (Artículo 12).

A primera vista pareciera fácil definir el delito consumado, pero debemos manifestar que no es así. En aquellos códigos que no lo definen, resulta embarazoso desentrañar las condiciones comunes que configuran el delito consumado, razón por la cual es necesario hacer incursiones con relación al tipo legal de cada delito para extraerlas.

Con muy buen criterio jurídico, Franz Von Liszt lo define como "el acto mismo contrario al derecho, culpable, definido en la ley" (21).

Se incluye de esta definición:

a) que deben haberse agotado todos los caracteres

---

(21) Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo - III, Segunda Edición, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1929, pág. 2.

que integran el delito, y

- b) que debe haberse obtenido el resultado necesario para sancionarlo conforme a la ley.

De las tres definiciones dadas, resulta que la consumación de un idéntico delito no es general ni uniforme para todas las legislaciones, por lo que necesariamente tendremos que manifestar que la consumación delictiva se determina por el derecho vigente de cada país. Tenemos así, que el delito de seducción y muchos otros de distinto género, tanto en la Argentina como en Panamá, no compartan los mismos elementos constitutivos. Resulta también que el acto de la consumación no es el mismo en el hurto que en el robo o en la apropiación indebida; sus elementos constitutivos son diferentes.

Se considera consumado el delito, por lo que hemos dicho, cuando se ha satisfecho plenamente lo que la norma prohibía hacer. Cuando se ha obtenido el resultado prohibido por la excerta legal.



## C A P I T U L O   I I

### RESEÑA HISTORICA DE LA TENTATIVA CRIMINAL Y SU DELIMITACIÓN NORMATIVA EN SU CONTENIDO MATERIAL

- I. Reseña Histórica de la tentativa criminal.
- II. Delimitación Normativa de la Tentativa en su Contenido Material.
  - 1º. Noción.
  - 2º. Estructura.
    - a) La intención o el elemento moral.
    - b) El elemento físico.
  - 3º. Presupuestos de la Conducta.
    - a) Fragmentación de la conducta.
    - b) Delitos que no admiten la tentativa.....
  - 4º. Actos Constitutivos.
    - a) Carácter Externo de los Actos de Ejecución.
    - b) Carácter de los actos idóneos o adecuados.

## C A P I T U L O   I I

### RESEÑA HISTORICA DE LA TENTATIVA CRIMINAL Y SU DELIMITACION NORMATIVA EN SU CONTENIDO MATERIAL

#### I. RESEÑA HISTORICA DE LA TENTATIVA CRIMINAL.

Es casi imposible conocer con profundidad el contenido de la tentativa criminal si dejamos a un lado todas aquellas circunstancias que, en el transcurso del tiempo, concu-rrieron generosamente a imprimirle alma, vida y expresión. - Por ello es de gran trascendencia conocer sus orígenes, pa-ra poder comprenderla en su casi totalidad.

No basta conocer solamente su regulación, ni las soluciones que pudiera lograr; es más efectivo percatarnos de las concepciones que tuvieron de ella los pueblos de avanzada a los que hoy día se respeta por el enorme caudal de conocimientos y experiencias legadas a las legislaciones actuales.

No estaría demás advertir que hacer una relación histórica urge un espíritu crítica al que hay que imprimirle un enfoque filosófico y político. En el presente caso no pretendemos llegar a esas alturas, porque ello sería alejarnos del tema central, objeto de estudio. Más bien, tratamos

de hacer una reseña histórica de la tentativa, a título de ilustración. Tal cual se observará en las líneas que se transcriben a continuación, hablaremos brevemente de aquellos particularidades más características que han influido en la concepción borrosa de la tentativa en las legislaciones de Italia, Alemania, Prusia y Francia.

La tentativa como figura jurídica no encuentra concepción exacta en ningún derecho primitivo y sólo se le trata en forma autónoma en las etapas avanzadas del derecho progresivo. En épocas de poco desarrollo, ha sido considerada como perteneciente a la esfera del delito consumado o principal. Así, de esta manera las leyes judaicas en el Exodo XXI, 12, asimilan la tentativa al delito principal -- cuando dicen: "El que hiere a un hombre, queriéndole matar, muera por ello" (22).

La concepción que se tiene de ella, hoy en día, ha sido el producto de una larga evolución histórica sentida en las legislaciones mencionadas. Tenemos así que:

- a) En Roma no se conoció el concepto de la tentativa, ni tampoco se le denominó por una palabra técnica. Obedeció este fenómeno al hecho de que en el derecho romano, como derecho primitivo que era, se castigaba el resultado del delito (exitus), y no se le prestaba importancia a la voluntad (voluntas).

---

(22) Palacios, Ramón. La Tentativa o el Mínimo de ilicitud Penal. México, Imprenta Universitaria, 1957, pág. 19.



Posteriormente, al influjo de la ética griega, - se atiende más a la voluntad, o sea el aspecto subjetivo - del delito, que al resultado, o sea el aspecto objetivo . Significa ello un avance en la concepción borrosa de la - tentativa, que conoció esta nación, por cuanto cada vez - más, con mayor énfasis se enjuició la tentativa como delito, en atención a la voluntad desplegada por el agente. - Unida a la regulación de otros delitos fue como primeramente se le fué dando tratamiento. Así, se le trató en las Leges Corneliae, en la Lex Julia de Maiestatis, en la Lex Pomponia de Parriçidius y de Calumniatis. En todas estas leyes la tentativa no se encontró definida en su esencia - general, sino que fue interpretada a través de su relación con ciertos delitos y se le dió a ella en la determinación de la pena, un estado de igualdad con los actos preparatorios y el delito consumado.

Es por la situación anteriormente enunciada en estas leyes, por lo que los penalistas consideran que, en Roma, no existió un concepto general de la tentativa.

En el derecho italiano de la Edad Media, es cuando se formula una consideración científica más elevada y precisa de lo que es la tentativa como fenómeno objeto de la ciencia penal. Gracias al empeño de los autores italianos, la tentativa se viene a considerar como un acto lesivo a un bien jurídicamente protegido, concibiéndosela como una "relación de lo realizado con un resultado no producido" (23).

---

(23) Von Liszt. Op. cit., pág. 5.

y se le califica con una penalidad atenuada en razón de su importancia respecto del delito consumado; lo cual significa un alejamiento de la anterior posición romana de castigar con la misma intensidad la tentativa que el delito consumado.

- b) Mientras tanto en Alemania el concepto que se tuvo de la tentativa tiene marcadas diferencias con la idea que se tenía de ella en el derecho romano en las etapas de su desarrollo empírico. Von Liszt, al respecto, nos señala que, inicialmente, las leyes bárbaras castigaban los atentados contra el cuerpo y la vida que no alcanzaban a realizar su objetivo de consumación, con penas atenuadas, pero que estos no llegan a configurarse en tentativa en forma autónoma (24).

Asimismo, observa que respecto a las agresiones a bienes jurídicos tutelados, no existe certeza de haber sido tratadas como tentativa, es decir, como un acto delictivo relacionado con un delito en forma gradual, sino que quizás fueron tratados como delitos independientes, que se configuran, como tales, al constituir un peligro para la vida o un "peligro para la paz" (25).

Más tarde, en el derecho germano es promulgada la Ley Carolina por Carlos V, la que ofrece a la ciencia penal una definición más exacta de la tentativa, que en

---

(24 y 25) Von Liszt. Op. cit. Tomo III, pág. 5.

opinión de los autores más connotados, corresponde a un concepto teórico avanzado y completo. El artículo 178 de esta Ley nos dice: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo, y sin embargo en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa" (26).

El penalista alemán Mezger analiza esta definición. Encuentra en ella ya un estado avanzado en el señalamiento de lo que constituye la tentativa y su diferenciación con otras figuras jurídicas. Así, en las palabras "mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación", advierte una delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa y también una alusión restrictiva respecto a la tentativa idónea. La impunidad del desistimiento espontáneo se considera tratado en las palabras "impedido contra su voluntad" (27).

- c) En el "Derecho Territorial General Prusiano" de 1794, encontramos un enfoque de la tentativa con carácter -

---

(26) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Ed. Rev. de Dos. Privado. Madrid, 1957, pág. 226.

(27) Mezger. Op. cit., pág. 226.

subjetivo, pues lo esencial a que atiende este derecho para configurarla es a la "mala intención" del que delinque. Se castiga la tentativa emprendida en forma más benigna que al delito consumado.

- d) En realidad, la primera definición cierta y acabada - que se da de la tentativa a través de su desenvolvimiento histórico, se presenta en la Ley 22 Prairial, año IV de la República Francesa, (28), se le define como un Comienzo de la Ejecución del Crimen. Esta nueva concepción, diferente a la subjetiva prusiana, es objetiva por cuanto que atiende a los actos de ejecución del delito. Existe la tentativa cuando se dan estos actos de ejecución sin prestar atención a la mala voluntad para configurarla.

Mezger, señala que esta orientación objetiva - francesa obedece al nuevo concepto que sobre las funciones del Estado existe en esa época. Surge así, un viraje en el punto de enfoque que hasta entonces había dominado en la Ciencia Penal acerca de la tentativa. Opuesto al punto de vista que mantiene el derecho General Territorial Prusiano, de carácter subjetivista por razón de la idea del Estado Policía, que obedece a la mala intención, se atiende ahora al concepto objetivista orientado por -

---

(28) Palacios. Op. cit., pág. 20.

las nuevas ideas del "Estado de Derecho", que surge en el - siglo XIX (29).

El Código Penal Francés de 1810, fue el primero - que señaló la necesidad de un principio de ejecución para - punir la tentativa. Este Código constituye la fuente que inspiró a las legislaciones positivas del siglo XIX. En él se inspiraron los códigos penales españoles de 1848, (art. 3) y de 1870, 1932, 1944, estos a su vez dejaron sentir una poderosa influencia en casi toda Hispanoamérica (30).

El Artículo 2º del Código Penal Francés de 1810, expresa: "Toda tentativa de crimen que haya sido iniciada en su ejecución, se considerará como el crimen mismo". - Este artículo tiene un proceso histórico que es conveniente resaltar. Estas ideas de la ejecución como base de la figura de la tentativa provienen de la ley de 22 Prairial - del año IV de la República, en la cual se basa el Código Penal Josefino de 1787 y en la que a su vez se fundamenta el Código Penal Napoleónico.

Como se observa en el artículo transcrito, una - vez que se comienza a ejecutar el crimen, surge la figura de la tentativa y se equipara al crimen mismo en la legislación francesa. Esta consideración igualitaria para la - tentativa y la consumación delictiva es acogida por la le-

---

(29) Mezger. Op. cit., pág. 227.

(30) Palacios. Op. cit., pág. 20.



gislación prusiana de 1851 y por la bávara de 1861 (31).-

Acoge también Prusia la idea objetiva francesa de la tentativa por medio del "principio de la ejecución" en el ya mencionado código de 1851. Este principio tomado por la legislación prusiana lo toma de ella el código alemán de 1871 en su parágrafo 43, que preceptúa que será castigado por tentativa "el que ha manifestado su resolución de cometer un crimen o delito por acciones que contienen un principio de ejecución de este crimen o delito, siempre que el crimen o delito propuesto por el agente no haya llegado a la consumación" (32).

## II. DELIMITACION NORMATIVA DE LA TENTATIVA EN SU CONTENIDO MATERIAL.

Este aparte segundo del presente capítulo, abraza el propósito de delimitar algunos aspectos del contenido normativo de la tentativa. Reconocemos que hablar sobre su contenido es grata pero dificultosa labor, ya que según la doctrina es uno de los problemas más intrincados de la Dogmática jurídico-penal.

No obstante esa dificultad, opinamos que para apreciar aquellos hechos o circunstancias que integran el proceso generador de la tentativa, es preciso enfocar, se-

---

(31) Von Liszt. Op. cit., Tomo III, pág. 6.

(32) Mezger. Op. cit., pág. 228.



paradamente, la noción que se tenga sobre ella, su estructura formal, los presupuestos que comportan la conducta delictiva y la calidad de los actos ejecutados por el sujeto a tentante, a fin de lograr mayor comprensión acerca de ese momento en la vida del delito, que pone en peligro un bien tutelado por el ordenamiento jurídico penal.

#### 19. Noción de la tentativa.

En torno a la noción o el concepto preciso de la tentativa caben dos puntos de vista: uno se refiere a la idea común que se tiene de esta palabra y la otra idea corresponde a una elaboración técnica propia de la ciencia penal.

La tentativa, en su acepción común la traemos a este estudio porque para la comprensión exacta del concepto dentro del estricto molde de la ciencia penal, es conveniente y útil una idea previa del concepto general que el vulgo tiene sobre este término.

En el sentido común y amplio la tentativa se acepta como un esfuerzo desplegado en el mundo exterior para llegar a una meta que no se logra alcanzar, y ese esfuerzo tiene como causa una decisión de voluntad en el interior del individuo. Esta voluntad y los actos externos que son consecuencia de ella se encuentran encaminados a un fin que debe realizarse en el mundo de las cosas, de los hechos.

Algunas veces la resolución de voluntad y la rea



lización de ella en el ámbito de los hechos se produce casi inmediatamente; pero en otros casos sólo se logra a través de la ejecución de varios actos que el agente trata de realizar para llegar a su meta. En la ejecución de estos actos y la imposibilidad de llegar a la meta, pese al esfuerzo y la decisión interna de lograr lo deseado, reside la tentativa.

Esta idea está conforme con la etimología de la palabra tentativa que proviene de tenere, que encierra en sí la idea de un esfuerzo hacia un fin o un punto determinado (33).

También, fue de costumbre común denominarla "conato" en las legislaciones del pasado siglo. La idea común de tentativa que hemos presentado anteriormente, también, se ciñe ampliamente a la idea y significado del término conato, que etimológicamente refleja el hecho del esfuerzo hacía un fin.

Pero el concepto de tentativa en la Ciencia Penal no es idéntico al concepto común de ésta, porque la tentativa penal tiene sus características especiales que es menester destacar. Veamos.

1º.- La tentativa jurídica sólo existe cuando el fin que se propone alcanzar el individuo lo busca con medios expresamente prohibidos por la ley penal;

---

(33) Araujo. Op. cit., pág. 11.

2º.- La tentativa para que exista como hecho - tiene como substrato indispensable que en la voluntad del individuo haya sido acogido el fin prohibido por la ley como un acto querido por el hombre. Pero no basta este elemento potencial de voluntad para decir que ha habido una transgresión en el mundo protegido por el derecho y que es te tiene por consecuencia la punibilidad en un grado menor del delito que es la tentativa. Para que exista ésta y - por consiguiente su punibilidad es necesario que el bien - jurídicamente tutelado se haya puesto realmente en peligro. La mera voluntad o como dicen los autores la "voluntas Sceleris" no basta para que se ponga en peligro el bien objeto de tutela.

Es necesario la existencia de actos materiales - que, si bien no llegan a causar lesión en el objeto en su mayor grado, sean suficientes para poner a este bien tutelado en situación de peligro.

Se deduce del anterior principio que los actos - que sólo "intentan" modificar el bien protegido dentro de la zona del delito, carecen de significación para ser considerados como lesiones jurídicas. Por extremado interés que se tenga en causar un daño, la intención no basta para la calificación de la tentativa, sino que es necesario que existan actos físicos que se traduzcan en acciones peligrosas, capaces de lograr la consumación delictiva.

3º.- La tercera característica de la tentati-

va, en su esencia, señala que para la configuración es necesario que los actos del delincuente sólo alcancen a colocar en situación de peligro el bien tutelado, sin que sus actos alcancen la consumación. Cuando el bien jurídico que da situado en la zona de peligro por los actos del individuo, para los efectos de la tentativa, estos deben detenerse en la progresión criminosa por razones ajenas a la voluntad del agente que los ejecuta. En sentido contrario, la suspensión voluntaria de la ejecución de los actos suspende la tentativa, por razón de que ese esfuerzo exterior no responde a la intención preconcebida en lo interno.

Cuando la conducta obedece a un fin querido dentro del yo y es suspendida por fenómenos extraños al querer del delincuente es cuando puede configurarse la tentativa. Contrariamente no.

Sobre el concepto de la tentativa la corriente alemana se sintetiza con mayor relieve en la definición que ella da al parágrafo 43 del Código Penal alemán transcrita en líneas anteriores (véase párrafo final de la historia de la tentativa).

En la disposición aludida se habla de un "principio de ejecución" y de una "actividad de voluntad". Se observa en ella ciertas características objetivas. Este principio de ejecución, debe por consiguiente, manifestarse objetivamente para deducir la voluntad del sujeto atentador, requisito básico para la imputabilidad.

El punto de vista del alemán Guillermo Sauer, sobre el acto tentado como objeto de la punibilidad, se fundamenta en una distinción que señala en el fenómeno del delito típico. Considera que en cada delito existe una primera fase donde se manifiesta la voluntad dirigida hacia el objetivo deseado y una segunda fase que completa el delito típico: la realización del resultado querido. No sólo es merecedor de pena el autor del delito consumado, sino, también, el que incurre en la primera fase que se denomina tentativa. Esta es un obrar incompleto que pone en peligro los bienes o intereses jurídicamente protegidos.

Sauer, en síntesis, define la figura como "el peligro objetivo o también sólo querido (representado) de un bien especial merecedor de protección por la actividad correspondiente de la decisión de la voluntad con la ausencia objetiva del resultado" (34).

Romagnosi, configura la tentativa como "la ejecución incompleta de un delito" (35), la cual ocupa un espacio dentro del proceso consumativo del delito que se inicia, después de la deliberación, con los actos ejecutivos y que termina en el último acto que da cumplimiento al delito.

Liszt define la tentativa de delito "como la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho"

---

(34) Sauer, Guillermo. Derecho Penal. Parte General, - Edit. Bosch. Barcelona, 1956, pág. 160.

(35) Romagnosi. *Op. cit.*, pág. 257.

(36), por cuanto que la sola voluntad -repetimos- o la inclinación interna de delinquir no basta para colocar la tentativa dentro de la regulación del derecho punitivo, si no que es necesaria la existencia de actos que pongan de manifiesto una voluntad que se dirige inequívocamente a - afectar un bien jurídicamente tutelado.

Carrara concibe la tentativa como "cualquier acto externo, que por su naturaleza y en unidad conduce a un hecho criminoso y que se dirige al mismo con expresa voluntad, no seguida del hecho mismo ni de la violación de un - derecho igual o superior" (37).

Veamos algunas definiciones legales.

Conforme al Código español "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieron producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento (art. 3º. del Código Penal).

Se observa en la disposición transcrita <sup>ve</sup>el código español (al igual que el de Honduras, Rep. Dominicana, Argentina, Méjico, Uruguay, Colombia, Chile, Brasil, Costa rica, Noruega, Grecia, Luxemburgo, Holanda, etc.) exige co

---

(36) Von Liszt. Op. cit., Tomo III, pág. 3.

(37) Carrara, Francisco. Tentativa y Complicidad. Versión al castellano con prólogo y notas de Vicente Romero Guín. 2ª. Ed. Madrid, Centro Comercial de Góngora, 1926, pág. 133.

mo requisito imprescindible un principio de ejecución del delito. El cual debe ser manifestado directamente por hechos exteriores. Emplea el adverbio "directamente" para distinguir la tentativa de los actos preparatorios; utiliza las palabras hechos exteriores para diferenciarlos de los actos subjetivos que permanecen en la interioridad del sujeto, como la deliberación o la resolución de perpetrar un delito; utiliza la expresión que el culpable "no practique todos los actos de ejecución que debieran producir el delito" para distinguir la tentativa del delito frustrado.

Según la legislación panameña, tentativa es "la ejecución de actos apropiados para cometer un delito, que da principio a la realización de un hecho punible sin llevarlo a cabo, por circunstancias independientes de la voluntad de quien lo ejecuta y sin que se haya cumplido cuanto es necesario para la consumación del delito ..... (art. 61 - C. Penal).

Este enunciado no registra disparidades conceptuales con respecto a los anteriores, lo que nos releva de comentarios.

De las definiciones apuntadas resulta que los elementos constitutivos de la tentativa son los siguientes:

a) La intención de cometer un delito determinado. Al faltar la intención es imposible concebir la tentativa del delito. Razón por la cual no se concibe en los delitos culposos;





b) un elemento típico que consiste en un principio de ejecución de la actividad criminosa y punible. "No basta querer un delito, ni tener intención de ejecutarlo, pues las meras intenciones están fuera del campo del derecho penal; es preciso que hayan empezado a ejecutarse actos dirigidos directamente a su perpetración" (38). La intención encaminada a ejecutar un delito, desprovista de este principio de ejecución, colocaría la acción del agente - en un simple acto preparatorio, exento de punibilidad;

c) una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo.

El Derecho Penal como regulador externo de conductas, se ocupa de aquellos actos que por sí mismos sean aptos y apropiados para la ejecución del hecho.

Una actividad inapta, generalmente, no tiene trascendencia jurídica, pues no conlleva una desobediencia a - las normas, ni es capaz de poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley;

d) los actos ejecutivos deben interrumpirse por causas independientes de la voluntad del agente. De tal manera que la interrupción operada por voluntad del sujeto comisor, es suficiente para lograr la impunidad. Parte de - las legislaciones, en su gran mayoría, estiman que la inincrimación obedece: 1º) a la falta de antijuricidad tipificada, pues se le ha despojado de uno de sus elementos estruc

---

(38) Cuello Calón. Op. cit., pág. 589.

turales, 2) a motivos de política criminal, a fin de que el sujeto activo abandone su propósito criminal, "salvo que alguno o algunos de los actos de ejecución constituyan por sí mismos actos criminosos y punibles que se castigarán como tales" (art. 61 C. Penal panameño). La misma salvedad la establecen un gran número de legislaciones. Entre ellas el Perú, art. 95; Venezuela, art. 81; Uruguay, art. 50, párrafo 2º.; Colombia, art. 15; Ecuador, art. 16, párrafo 2º; Brasil, art. 13; Costa Rica, art. 39; Finlandia, cap. IV, numeral 2; Italia, art. 56, la jurisprudencia española, etc.

2º Estructura de la tentativa.

En párrafos anteriores hemos examinado el iter criminis, su historia, concepto; nos corresponde ahora indagar acerca de su estructura formal, para apreciar sus elementos constitutivos y determinar cuándo existe la tentativa en el mundo jurídico penal.

El delito consumado se configura con la concurrencia de un elemento psíquico (manifestación de voluntad) y otro físico el resultado querido, extendiéndose entre ambos una relación de causalidad; el segundo es producto del primero. Frecuentemente este nexo presenta dificultades en su determinación, debido a la ingerencia de muchísimos factores, que dan pábulo a las confusiones y a la incertidumbre al precisar si el resultado es consecuencia de ellos, o de los medios puestos en ejecución por el agente. Ahora bien, si la delimitación del delito consumado descansa sobre la -

~~respectivos~~, con muchas mayor razón los soportes de la tentativa se tornan más escabrosos, ya que es de ~~siempre~~ dificultad determinar un nexo de causalidad entre los extremos objetivos, realmente configurados, y máxime cuando la tentativa se caracteriza por la falta de uno de sus extremos, el resultado. Circunstancia ésta que mueve al juzgador a escudriñar sobre el elemento intencional de la conducta del agente para determinar la meta de la acción criminosa comenzada pero no alcanzada, lo que resulta muy arduo porque en los delitos consumados la intención se deduce del resultado criminal; faltando éste, el problema se agudiza en la figura objeto de estudio.

No obstante, los fundamentos de la punibilidad de la tentativa radican en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que equivale al daño material que se da en el consumado. (Véase Cap. III).

Al faltar, pues, en la tentativa el efecto dañoso que se da en el consumado, se deduce que del peligro que corrió el derecho de ser violado, se determina el elemento material o la fuerza física de la tentativa criminal.

Tal peligro debe estar dirigido a causar un daño, porque concebir la tentativa en la sola intención con prescindencia del peligro a realizar un daño, sería punir los actos meramente pensados, sería encadenar el simple pensamiento.

De lo que llevamos dicho se distinguen dos elementos

tos constitutivos: la intención o la fuerza moral, y el peligro a la consumación o elemento físico.

a) La intención o el elemento moral:

Tal cual dijimos en los delitos consumados, la intención del agente es revelada por las circunstancias del hecho, en tanto que en la tentativa, por el contrario, el daño no existe. Este es sustituido por el peligro que se desprende la previsión de un efecto que podría lograrse o no, mediante actos exteriores, dependiendo su gravedad de los medios empleados para alcanzar el resultado deseado;

El peligro de la consumación implica una posibilidad de la realización del hecho que es consecuencia lógica de una probable voluntad criminoso. Aquél denuncia la intención que es mucho más criminal que lo acontecido. Por lo tanto, para la determinación del peligro que implica una acción criminal con miras a alcanzar una meta delictiva, necesariamente tendremos que prescindir de lo acontecido y apreciar en mayor grado lo que debió suceder, tomándose en consideración los cálculos y los medios empleados por el reo (39).

"A causa de la intención -dice Carrara- no sólo se hacen imputables ciertos actos, que materialmente resultaron vanos, sino que en un delito perfecto se prescinde de buscar el criterio de la imputabilidad en sus condiciones materiales; y cuando aquella iba enderezada a la comi-

---

(39) Carrara, Op. cit., pág. 72.

sión de un delito más grave, se busca la norma para la apreciación de su mayor gravedad, considerando que en sí no era el fin del agente, sino un simple medio. Por ejemplo, las heridas o la fractura de una puerta (delitos consumados en sí mismo) pueden estimar como tentativas de homicidio o de robo, y sufrir, en consecuencia, cierta desnaturalización jurídica, porque el agente los ejecutó como medios para llegar hasta el homicidio o robo" (40).

En efecto, la imputación de la tentativa tiene que graduarse por la norma jurídica que tipifica un delito a cuya violación se encaminaban los actos ejecutados por el reo. Si por el contrario, éstos no se dirigían a violar la norma, no puede haber intención criminosa, ni puede desprenderse un hecho que revele como presunción el ánimo de delinquir.

Por lo que resulta que el elemento psíquico de la tentativa necesita una prueba específica para que el juzgador mida y analice su importancia, su gravedad y modalidades, para obtener los elementos suficientes que justifiquen la imposición de una pena.

La doctrina sostiene que para que la intención - sea fácilmente deducible debe poseer ciertos caracteres - particulares que le son propios y privativos; los cuales - no se exigen en los delitos rectores.

La intención debe ser directa y perfecta.

1) Directa en el sentido de que debe encaminar-

---

(40) Carrara, Op. cit., pág. 72.

a la violación de un precepto jurídico. Sin la intención y voluntad de infringir la ley es imposible concebir la figura de la tentativa. En otras palabras, la forma esencial y común de la acción psíquica en la tentativa reside en el dolo, razonamiento que ha dado asidero a los autores para excluir la tentativa en los delitos culposos. El dolo exige que el sujeto atentador conciba una conducta voluntaria y consciente encaminada a lograr un resultado delictivo. En cambio, en los delitos de culpa, el sujeto actúa sin intención. Se incriminan los hechos culposos por ser producto de una voluntad imprudente, elemento común de todas las modalidades de aquéllos, porque es imprudencia gramatical y jurídicamente, la carencia del cuidado de preveer y evitar los peligros, que engendra el obrar. Por lo que es imperativo que concurren el dolo y el ánimo directo de causar un daño para encontrar en ese obrar una tentativa. Si la acción propendía a un resultado inocente, y la intención no se dirigía a ocasionar un daño, no sería jurídico imponer sanción.

En fin, la tentativa sólo es punible cuando la intención se encamina directamente a causar un evento dañoso o peligroso, que ha sido previsto y deseado por el agente como consecuencia de su acción u omisión.

2) La intención es perfecta cuando el sujeto dispone de los medios aptos o apropiados y que por su naturaleza son suficientes para alcanzar la meta criminosa.



Ambos caracteres particulares de la tentativa deben ser distintos; su diferenciación urge para obtener así suficiente certeza que permita distinguir las acciones que admiten la tentativa de las que no la aceptan. Por ejemplo, no admiten la tentativa, los delitos pasionales o de cólera, o sea en los que el reo actúa súbitamente sin reflexionar, faltándole el sosiego para determinar las consecuencias que podría traer el acto y sin tener oportunidad de prever el efecto dañoso que su actitud podría originar, ya que actuó por un impulso instantáneo.

Culpabilidad de la Tentativa: A pesar de que algunos códigos, entre ellos el nuestro, omiten toda referencia a la culpabilidad de la tentativa, ella se desprende de su naturaleza intrínseca. La tentativa, sólo es concebible en conductas conscientes y voluntarias encaminadas a la ejecución de un delito, por lo que es innegable que la intención, que no es más que el dolo del delito que se pensaba consumir, es la única especie de culpabilidad requerida en el concepto jurídico de la tentativa. Ello en razón de que el dolo es la más genuina expresión del dominio del sujeto atentador sobre los hechos verificados tendentes a lograr un resultado delictivo; además, según algunos autores, para interpretar la tentativa necesariamente tendremos que partir, aunque presuntivamente, de una conducta dolosa ejecutada por el agente. Consideramos prudente omitir toda referencia sobre el concepto doctrinario que se tenga sobre el do-

lo; contentémonos con señalar sus caracteres específicos. Los rasgos diferenciales que observamos en el dolo de la tentativa consisten en la desproporción existente entre - los actos ejecutados y la acción externa ilícita que se deseaba ejecutar. La voluntad dolosa excede en proporción a los actos ejecutados.

Renombrados autores han considerado de cardinal importancia este elemento del delito, porque permite conocer a fondo los impulsos y pensamientos humanos que facilitan la comprensión de aquellas situaciones, hechos y casos no explicables por la materialidad de los actos exteriores. Razones por las cuales sostiénese que las modalidades de - la acción psíquica son inherentes a la acción material o física; la integración del ilícito penal no es suficiente con esta última, hace falta el aspecto subjetivo que juega gran importancia. Ambas necesitan complementarse, pues la ausencia de una de ellas imposibilita la apreciación jurídica de los delitos y del delincuente.

b) El elemento Físico:

El elemento físico es representado en la tentativa en el peligro que corre el bien protegido, tal cual hemos repetido en innumerables ocasiones. Aflora en un principio de ejecución externo dirigido a la empresa de violar la norma penal. Mientras no existe la manifestación de un acto externo es imposible hablar de un principio de ejecución y por ende de tentativa. Así lo ha dicho la jurispru-



dencia española que recoge los principios doctrinales dominantes. En efecto la sentencia del 5 de Febrero de 1954, dictada por el Tribunal Superior expresa: "la tentativa, tal como la define el párrafo 3º del citado artículo (3º. del Código Penal), exige que se dé comienzo de ejecución del delito por actos externos, no bastando, pues, para que pueda ser apreciada su existencia con la sola intención de cometerlo, sino que requiere además, como elemento indispensable, que realicen alguno de los actos materiales que forman parte de la acción definida como delictiva por la ley penal". Por otra parte, si el principio de ejecución no contiene la posibilidad de alcanzar el fin criminoso proyectado forzosamente tiene que desaparecer el peligro real y efectivo que corre el derecho de ser violado, luego la razón de existir de la tentativa desaparece por faltarle uno de sus elementos constituyentes: el elemento físico o material.

De lo expuesto, se deducen dos principios para que exista la tentativa, a saber:

a) Es indispensable un acto externo de ejecución, y b) Es menester que el acto externo conlleve la posibilidad de alcanzar el propósito delictivo.

De la interpretación del primer principio se deduce: 1.- La manifestación del pensamiento no puede ser objeto de tentativa, ya que no implica un principio de ejecución. Cuando se delinque con el sólo pensamiento manifes-

tado se incurre en un delito consumado, ya que la conducta del delincuente se manifiesta simultáneamente y no admite una conducta fraccionable propia de la tentativa.

Aún cuando vayan acompañados de gestos y expresen la intención de cometer un delito sin dar inicio a su ejecución, no admiten tentativa, porque les falta el elemento material o sea el acto ejecutivo externo; 2.- Las amenazas y las conspiraciones criminales, tampoco, pueden ser objeto de tentativa. No la admiten porque son delitos que por sí mismos tienen existencia jurídica, pero no pueden ser castigadas como tentativas, porque quien manda a otro ejecutar, no ha comenzado aún la ejecución del delito que se propone, tales como el acuerdo criminal, el mandato y la Sociedad para delinquir, la instigación, etc.

Del segundo principio se deduce que:

1º.- Los actos preparatorios no son tentativas (Ver Capítulo IV).

2º.- No pueden ser constitutivos de tentativa los actos externos, desprovistos de idoneidad y adecuación para alcanzar el fin delictivo, porque es imposible el advenimiento de la fuerza física del delito; y

3º.- Tampoco pueden serlo los llamados "delitos imposibles por causa legal" por la imposibilidad de alcanzar la consumación del delito (Véase Cap. V).

A continuación de estas líneas examinaremos los presupuestos de la conducta, actos constitutivos, naturales

za jurídica, fundamentación, elementos básicos, etc. de la tentativa, siguiendo los dictados de la doctrina y de las diversas legislaciones.

3º. Presupuestos de la conducta de la tentativa.

a) Fragmentación de la conducta. La conducta delictiva puede trascender al mundo objetivo por un solo acto, una palabra calumniosa, o por una serie de actos cada uno de los cuales, considerado aisladamente, puede presentar en sí mismo los elementos factibles necesarios para ser subsumidos en la norma jurídico-penal. La conducta exteriorizada en un solo acto no interesa en este estudio, porque no constituye tentativa en el campo jurídico. En cambio, nos interesan aquellos actos que permiten un fraccionamiento de la actividad dirigida a producir un resultado antijurídico, porque es necesario para que un delito pueda castigarse como tentativa que tal actividad pueda cumplirse en varios momentos, en razón de que tanto legal como conceptualmente supone una ejecución iniciada pero no concluída por causas extrañas a la voluntad del agente. Es decir, además de los actos ejecutados aún faltan otros para lograr la consumación del delito. Si en el supuesto de que en un solo acto se logre la meta de la conducta, repetimos, jurídicamente no cabe la figura de la tentativa.

Este presupuesto -fragmentación de la conducta- es de capital importancia para la constitución de la tentativa, porque se da la particularidad especialísima de que -

algunos delitos no la admiten, en razón de la conducta que les es característica.

b) Delitos que no admiten la tentativa por carecer de este presupuesto.

Como premisa mayor, la tentativa es posible en principio en todos los delitos dolosos, siempre y cuando no consistan en una sola palabra manifestada instantáneamente; es decir, cuando se cumplen en un solo acto y no admitan una sucesión periódica de la conducta.

La doctrina menciona una serie de delitos en los que es inconcebible la admisibilidad de la tentativa por carecer de un fraccionamiento de la conducta; por la marcada importancia que implica su estudio, procederemos a aludirlos separada, pero muy someramente. Entre los delitos de más transcendencia tenemos los siguientes:

a) Delitos de Omisión. Consisten éstos en no ejecutar voluntariamente una acción corporal fáctica, castigada por la ley por su conducta omisiva, con prescindencia del resultado perseguido. Ejemplo: Constituyen delitos de omisión los cometidos por los funcionarios públicos al no denunciar un hecho lesivo para el derecho. Negarse al auxilio de una persona que está en peligro de muerte por sumersión, o que no puede bastarse por sí misma, etc. En estas actividades criminosas omisivas no existe una sucesión periódica de la conducta; ésta se manifiesta en un solo acto que no es fraccionable, consumándose el delito -

en el mismo acto de abstención; estas circunstancias motivan la ausencia de la tentativa en estos delitos.

A pesar de todos los argumentos que se podrían esgrimir, se deduce de los ejemplos dados al considerar - que la circunstancia sobrevenida es ajena al querer de los sujetos, no ha tronchado ningún proceso ejecutivo del delito, pues tal omisión daría lugar a la sospecha de una posible consumación. Jamás podría afirmarse que hubo un principio de omisión. Este sólo podría probarse cuando el acto se realice en definitiva.

b) Delitos formales: Son aquellos cuya  ejecu-ción se cumple en un solo acto; se les denomina  también delitos de pura actividad. No obstante, en ciertos casos pueden ser castigados como tentativa, siempre que el proceso ejecutivo sea fraccionable. Ejemplo, el artículo 356 del Código uruguayo permite la tentativa en esta clase de  delitos, en lo atinente a la penetración ilícita en un fundo ajeno, si el propietario malogra la actividad del agente - cuando está por saltar la valla que colinda con el predio.

c) Delitos unisubsistentes. Por carecer del - presupuesto propio de la conducta de la tentativa que hemos estado comentando no pueden ciertos delitos de  comi-sión ser objeto de tentativa. Ejemplos, el uso de  documento falso, la injuria verbal, el falso testimonio, la apropiación de cosas perdidas. Estos delitos no permiten un principio de ejecución por no ser la conducta fraccionable.

Aparte de todo lo manifestado, se concluye que - cuando la acción que ha precedido al delito tipo pueda fragmentarse en varios actos, podemos afirmar, que tal delito - es susceptible de ser sancionado en grado de tentativa, cuando a ello hubiere lugar, a no ser que se hayan cumplido todos los actos ejecutivos para la consumación del tipo legal.

4º. Actos constitutivos de la figura jurídica de la tentativa.

Al definir la tentativa, tanto los autores como - los legisladores, nos hablan de actos de ejecución que dan principio a la realización de un hecho punible, los cuales, para responsabilizar penalmente una conducta humana, a título de tentativa, deberán condicionarse a aquellos elementos que conforman la figura específica del delito que se quiere perpetrar.

El problema que tratamos de dilucidar, en estas - líneas, consiste en determinar la naturaleza ejecutiva de - estos actos desplegados con miras a alcanzar la meta delictiva.

Ante todo, es preciso para poder inculpar a determinado sujeto investigar la intención con que actúa, para apreciar, con elementos de juicios suficientes, la conducta no ejecutada totalmente por circunstancias extrañas a su voluntad.

Claro está que una vez comprobada dicha intención, ésta es factor suficiente para esclarecer la naturaleza del



acto ejecutivo, porque para los efectos penales, es preciso que esa intención se concrete al examen del acto capaz para lograr el resultado a que se encaminaba la intención dolosa del agente atentador.

La intención, por sí sola, no es un elemento suficiente para proclamar la existencia de la tentativa criminal; es uno de los presupuestos de esta figura.

Adquiere relevancia cuando se encamina a llevar a término el delito encuadrado en la norma. "Con la intención probada la indagación acude al acto -potencia causal-, y al tipo. Sólo se puede comenzar a violar la norma, en la tentativa, cuando se quiere la agresión del bien o interés protegido, y es dable esa lesión en mérito de la consideración de tipo penal de la acción causal" (41). Se estima, que el sujeto atentador ha querido la agresión del bien o interés tutelado -repetimos- cuando los medios puestos por él en juego se encaminaban directamente a la violación de un derecho (intención directa), midiéndose la gravedad de su intención por la posibilidad que conlleva de alcanzar el fin criminal al escogerse los medios aptos y necesarios para realizar el efecto perseguido (intención perfecta).

Hemos manifestado, en párrafos anteriores, que - la ley se abstiene de punir el pensamiento criminoso y su exteriorización, salvo en los casos en que ésta agrede al bien protegido penalmente, y que cuando los sanciona en la tentativa, es preciso la conformación de una acción adecua

---

(41) <sup>20</sup>Palacios. Op. cit., pág. 103.

da frente a un tipo autónomo al que le falta el resultado, pues es de una imposibilidad manifiesta castigar el acto o los actos ejecutivos de la tentativa, con prescindencia - del delito a que iban encaminados.

Ahora bien, la idoneidad de la acción y su capacidad, necesitan que se produzca un resultado que no admita dudas, constituyendo las bases fundamentales de la sanción de la conducta delictiva. Ello en razón de que el De recho Penal no puede punir una acción que sea incapaz de producir absolutamente el resultado perseguido.

De ahí que los autores, casi unánimemente, acepten que una acción incapaz de poner en peligro un bien tutelado por la ley penal no puede jamás convertir una conducta en punible; si se la castiga sería declarar ilícito el pensamiento, la idea del crimen, etc., además, no tendría objeto establecer la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

Por lo tanto, urge afirmar, de una vez por todas, que, en la tentativa, la idoneidad y la adecuación de la acción son elementos básicos para su configuración, por las posibilidades que brinda para causar el efecto con trario a la ley propio de la consumación delictiva.

Ante la insuficiencia de la ley, ya que en realidad algunas veces no dice nada, y en otras ocasiones no concreta específicamente acerca de la forma o medios con - que debe realizarse el resultado del delito, es de suma di



ficultad para el juzgador "determinar cuál es el acto que incide en el núcleo del tipo o que inicia la acción típica. Dicho de otra manera: lo que se precisa es esclarecer por la valoración jurídica, dado el silencio que la ley - guarda en orden a la forma, de modo o medios con que el resultado se ha de realizar, es cuándo y cuál de los diversos actos que el agente realiza encaminados a un delito, tiene en el caso concreto suficientes propiedades para poder afirmar su idoneidad o adecuación" (42).

Tal es así que en la interpretación del artículo 61 del Código Penal panameño, que solamente habla de actos apropiados, al analizarse una realidad concreta interviene forzosamente la aplicación de un subjetivismo inevitable - condicionado por el juicio valorativo del juzgador como por los elementos esenciales de la relación jurídica de que se trate con miras a determinar o justificar en grado sumo qué acciones son aptas para originar por sí mismas, o para dejar de producir, el propósito proyectado y que no pudo realizarse.

Descrita brevemente la importancia de los actos ejecutivos en la tentativa criminal y ante la imposibilidad del texto legal en determinar cuál es el acto capaz de lesionar un bien tutelado, necesariamente tendremos que recurrir a la doctrina, para obtener una cabal comprensión

---

(42) Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Edit. Porrúa, S.A. Ave. Rep. Argentina, 15. México, D.F., 1955, pág. 157.

del problema que nos ocupa.

Al analizar las definiciones que se dan de la tentativa en las legislaciones extranjeras, observamos que éstas exigen la manifestación de actos exteriores seguido de acto o actos de ejecución adecuados. Desprendiéndose así de ello dos requisitos contemplados en los textos legales, para que se de comienzo a la ejecución del delito: actos externos y actos idóneos o adecuados. Urge, aunque someramente, tratarlos separadamente.

a) Carácter externo de los actos de ejecución.

Toda acción humana concebida en toda su amplitud, innegablemente conlleva dos elementos: la voluntad del sujeto, y una manifestación objetiva o exterior. Este elemento físico es la exteriorización en el mundo real de las voliciones, pensamientos o ideas del sujeto agente. De modo que la falta de uno de estos elementos sería imposible concebir la existencia de una acción humana, "sin elemento psíquico, estaríamos ante una fuerza análoga a otra cualquiera de la naturaleza, nunca ante una acción humana; sin elemento físico, estaríamos ante la nada, ante una mera posibilidad de acción" (43). Dado este orden de ideas, estimamos que incurren en redundancia los códigos cuando al definir la tentativa exigen que los actos ejecutivos del delito criminal se manifiesten por medio de algún acto ex-

---

(43) Torcuato Fernández Miranda. La justificación del Estado. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1946, pág. 74.

terior (Bolivia, art. 4; Costa Rica, art. 37; España de - 1870, 1932 y 1944, arts. 3, inciso 3, Honduras, Rep. Dominicana, Argentina, Méjico, Uruguay, Colombia, Brasil, Luxemburgo, etc.).

En este aspecto nuestro código penal patrio al, - igual que algunos de Europa y de América han sido bastante acertados al omitir este requisito al referirse a los actos ejecutivos encaminados a la tentativa de un delito.

El carácter externo es uno de los elementos propios de la naturaleza de las acciones humanas, va implícito en ellas. Hacer referencia de él en las disposiciones jurídicas constituye una superfluidad legal; si la tentativa - surge a la vida jurídica con un comienzo de ejecución, implica forzosamente la manifestación de actos exteriores, - por lo que la alusión de estos últimos en el texto legal - se considera innecesaria.

El proceso de ejecución del delito implica siempre un actuar o un omitir, por ello resulta inconcebible la iniciación de una conducta delictiva ~~sin la~~ exteriorización del propósito criminal; además, la influencia que ha irradiado el derecho penal liberal en los sistemas jurídico-penales, hoy vigentes, exigen la previa exteriorización del obrar ilícito para la imposición del castigo a cualquiera - transgresión de la gama delictual, no es, por lo tanto, una condición propia y privativa de la tentativa.

Ante lo dicho, pasamos a referirnos a los actos



apropiados de que nos habla el código panameño, o de los idóneos o adecuados a que hace referencia la doctrina.

b) Carácter de los actos idóneos o adecuados.

Los códigos al referirse a la capacidad de los actos ejecutivos de la tentativa para realizar el efecto querido que no se obtiene, hablan de la idoneidad de los actos o de la idoneidad de los medios puestos en práctica para los fines propuestos.

En cambio, el código panameño tal vez con cierta - cautela impremeditada, no habla de la idoneidad de los actos o de los medios, exige que los actos de ejecución sean apropiados para iniciar la realización del ilícito. Pareciera - que el ordenamiento patrio ha querido ser más preciso al hablar de estos actos ejecutivos esmerándose por una pulcritud conceptual. Veamos. Estiman algunos autores que la frase actos idóneos no es el término preciso para desentrañar la - aptitud de los actos iniciados para ejecutar el fin ilícito. "Idóneo, es aquello que tiene buena disposición o suficien - cia para alguna cosa, esto es, capacidad o aptitud para un determinado fin. Pero tales atributos parecen ser más bien inherentes a las cosas u objetos, en cuanto son aptos para ejercer una determinada función, o para relacionarse con - otro sujeto, que no es la actividad desplegada por el hom - bre en procura de cualquier fin" (44).

---

(44) Araújo. Op. cit., pág. 133.

En otras palabras, la condición de la idoneidad de los actos ejecutivos no es un carácter intrínseco de su naturaleza, sino más bien es un determinante de la potencialidad de un instrumento para realizar un fin específico. Ejemplo: Se habla muy corrientemente que tal veneno es idóneo para causarle la muerte a alguien, que tal arma es idónea para cercenarle la vida a cualquier sujeto.

La idoneidad de los medios puestos en práctica - por el agente no implica en manera alguna que los actos en que son utilizados se tornen adecuados para el resultado deseado. La práctica nos ha dado casos de la ejecución de actos sin que haya sido necesario el empleo de medio alguno.

Tanto la "idoneidad" del acto concreto y completo, y de los medios empleados en él son cosas diferentes. El acto puede ser idóneo, pero por las concomitancias de su uso, es posible que no sea apropiado para iniciar la ejecución de un hecho ilícito.

Por lo expuesto, conceptuamos que el adjetivo - "apropiados" que utiliza nuestra disposición legal es mucho más feliz, más explícito y más comprensivo que la expresión "idoneidad" que utilizan las demás legislaciones.

Entendemos por actos "apropiados" aquellos actos que son convenientes, oportunos, adecuados y suficientes, proporcionados y eficaces, para ejecutar un fin al que el sujeto atentamente imprime toda su actividad para alcan -

zar la meta delictiva.

Pero el problema que está todavía latente consiste en determinar qué acción ejecutada por el agente contiene las suficientes propiedades o la potencialidad para lograr la ejecución del ilícito.

Lo complejo del tema, así como también la anarquía de criterios sobre este problema nos excusarán de bosquejar las teorías divergentes, aspecto éste que más bien pertenece a la teoría general del delito.

No obstante, es dable advertir que constituye práctica constante de los tribunales de justicia acudir a todos los factores, precedentes de la acción y que concurren con ella, desplegados por el agente a fin de obtener un juicio cierto y exacto del problema en cuestión.

El juzgador panameño, al igual que los extranjeros, al determinar los actos apropiados contentivos de las suficientes propiedades que requiere el acto ejecutivo para iniciar la realización del ilícito se ve forzado a interpretar lo dispuesto en el artículo 61 del Código en relación con la intención del agente, con los modos o medios empleados por el actor, con el objeto sobre el cual recae la acción, con todas las circunstancias del ambiente y con la conducta antropológica de los protagonistas, interviniendo así, tal cual hemos expresado en párrafos anteriores, un subjetivismo supeditado al juicio valorativo del juzgador en relación con los elementos propios de la relación jurídica a que se hace alusión.

### C A P I T U L O   I I I

#### **NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA.**

- I. Naturaleza Jurídica de la Tentativa.**
- II. Fundamentación de la Tentativa.**
  - A.- Teorías Objetivas.**
    - 1º. Teoría de Manzini.
    - 2º. Teoría de la Escuela Realista.
  - B.- Teorías Subjetivas.**
    - 1º. Teorías Voluntaristas.
    - 2º. Teoría Positivista o Sintomática.
    - 3º. Teoría de la Alarma Social.
- III. Fundamentación de la Tentativa en el Derecho Comparado.**
  - A.- La Teoría Subjetiva en el Derecho Comparado.**
    - 1º. Alemania.
    - 2º. Francia.
    - 3º. América.
  - B.- La Teoría Objetiva en el Derecho Comparado.**
- IV. Punibilidad de la Tentativa.**
  - A.- El Castigo de la Tentativa y la medida de su pena.**
    - 1º. Igualdad del tratamiento represivo con el delito consumado.
    - 2º. Disminución de Pena en el castigo de la tentativa.



tiva.

B.- El Castigo de la Tentativa en la Legislación Com  
parada.

a) En América.

b) En Europa.



### C A P I T U L O    I I I

#### NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA TENTATIVA.

##### I. NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA.

La ciencia penal, como casi todas las demás, está sometida a un constante proceso de auto-renovación. Ideas que hace apenas unos años eran admitidas sin discusión, son hoy día y con mucha frecuencia puestas en tela de juicio. La multiplicidad de pareceres o el subjetivismo predominante de esta rama del Derecho han tenido necesariamente repercusiones en la teoría de la tentativa criminal. Desde hace mucho, los penalistas han tratado de describir y puntualizar la tentativa como la mínima actividad humana punible, frente a lo permitido por la ley, y han esbozado numerosas teorías a fin de encuadrarla en una fórmula legislativa en que se concrete el resultado de sus investigaciones. Tan ardua labor agravada por lo obscuro y sutil del problema, ha llevado a buen número de juristas tales como Carnignani, Sauer, Aloysi Cremani, Mittermaier, Antón Oneca, etc., a sostener que entre las doctrinas jurídicas más difíciles de elaborar se encuentra la de la tentativa criminal.

Ante esta inestabilidad en la concepción de la -

tentativa, entendida como una conducta humana ilícita, el derecho penal liberal basado en uno de los principios de avanzada, "Nulla crime sine lege" propugna que un delito carece de existencia jurídica si no encuentra su exacta previsión en la ley. No existe la incriminación de un delito si previamente no ha sido señalado en el normamiento jurídico-penal.

Por ello, en la legislación no sólo se ha establecido el principio de la punibilidad de aquellos hechos típicamente descritos en el modelo legal, sino que también se incrimina la acción incumplida o la tentativa de delito. Sin la existencia de una norma que así lo declare el obrar incompleto no sería punible.

Por ejemplo en el derecho español, sin la concurrencia del párrafo 2º. del artículo 3º. del Código Penal, el juzgador no podría incriminar el comienzo de ejecución de un delito manifestado directamente por hechos exteriores, que no pudo consumarse por circunstancias independientes de la voluntad de quien lo ejecuta. Más concretamente, es punible no solamente el que mata, sino también el que intenta matar; no sólo el que estafa, sino el que intenta estafar; el que roba, sino también el que intenta robar. Por cuanto que si no existiese la norma del art. 3º. vinculado con el hecho típico descrito en el modelo legal (el homicidio, la estafa, el robo) no se podría incriminar al sujeto que intentó matar, al que intentó estafar, al -

que intentó robar.

En consecuencia, los autores sostienen que la tentativa "es el fruto de la combinación de dos normas incriminatoras; una principal y otra secundaria" (45) las cuales le dan vida a la tentativa de delito; ya que la norma que incrimina la tentativa sería una norma sin sentido y no tendría posibilidad de concreto funcionamiento si su contenido no se integrase y concretase con referencia al delito tipo, por cuanto que "no hay un momento o un aspecto de la tentativa que no se halle en correlación con la figura del delito consumado" (46).

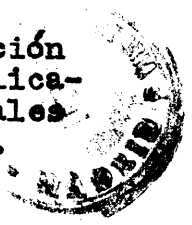
Un análisis ligero de las diversas legislaciones existentes bastará para observar la no descripción de los hechos constitutivos de la tentativa dentro de cada delito tipo. En cambio, se observa en la Parte General de los Códigos la propensión del legislador en destacar los elementos comunes de la tentativa, y a la vez estatuye que dentro de cada delito tipo cabría considerar la punibilidad de esa modalidad del delito (47). Los delitos tipos, en cambio, se encuentran ubicados en la Parte Especial de los Códigos.

---

(45) Bettiol, <sup>Giuseppe</sup> Diritto Penale. Parte Generale. Palermo, 1945, pág. 354.

(46) Petrocelli, Biagio. Il Delitto Tentato. Padova, 1955, págs. 11, 13 y 14.

(47) Novoa Monreal, Eduardo.- El Proceso de Generación del delito, Tentativa y Delito Imposible. Publicaciones de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. de Concepción, Chile, 1963, pág. 7.



De lo dicho se infiere y se explica el consenso de los autores -que hoy es la doctrina dominante- de que la tentativa no puede tener vida por sí misma. Pues requiere, para su punibilidad, a diferencia del delito consumado o del delito tipo, de la combinación de dos normas legales: la fundamental, o sea, la del tipo rector contenida en la Parte Especial, y la secundaria, contenida en la Parte General.

En consecuencia, la norma que determina la punibilidad de los hechos tentados no tiene vida por sí misma y opera solamente en relación con otra que es la principal o autónoma.

Por las razones anteriores algunos autores niegan la existencia del delito intentado y afirman que lo existente es la tentativa de delito, por su carácter de accesoriedad, dependiente del tipo del delito consumado.

La figura de la tentativa es accesoria respecto respecto de la de los delitos consumados, en dos vertientes. De acuerdo a la primera, es un fenómeno jurídico cuyo nacimiento, modificación y extinción depende de la norma principal. Conforme a la segunda, la descripción de su contenido no se encuentra en ella misma, sino en la especie delictiva del delito consumado.

Por otra parte, la relación existente entre el tipo de la tentativa y el del delito consumado ha sido también encarada, por otros autores, como una norma accesoria

amplificadora de la esfera de aplicación de esta última - (48). Otros, para significar lo mismo, admiten la tentativa como un "dispositivo legal amplificador del tipo", expresión que nos parece correcta y por ello la compartimos. Esta ampliación no significa en modo alguno que se adicionan nuevos requisitos a los distintos tipos, sino hacer típicos ciertos torsos del delito o etapas del desarrollo de los hechos que conducen a dichos tipos rectores, anteriores a la consumación de éste.

Gracias a la figura complementaria o accesoria de la tentativa se tutela al máximo ciertos bienes. El Estado no sólo sanciona las conductas que los lesionen, sino también las directamente dirigidas contra ellos, aun cuando no se subsuman del todo en la descripción básica de la figura principal. De otra manera, considerable número de conductas estarían fuera de la órbita del Derecho Penal.

Por ello, se considera a la tentativa como amplificadora del tipo penal, pues éste debido a ella adquiere una capacidad incriminadora mayor.

Otros autores, señalan que la tentativa, respecto del delito consumado, es un título autónomo del delito, y no accesorio. Lo cierto es que el carácter de accesoriedad - se impone. Sin la vinculación con la norma principal queda desprovista de todo contenido y carente de funciones; es -

---

(48) Vannini, Ottorino. El Problema Giuridico del Tentativo. Milano, 1950, pág. 11.

decir, no surgiría a la vida jurídica y sería incapaz de - proteger los bienes jurídicos contra conductas que han iniciado la ejecución del ilícito.

Es pues, un contrasentido estimar la existencia - formal de la tentativa del tipo autónomo de delito, desvinculándola de la del tipo del delito consumado.

En fin, la tentativa es un dispositivo legal amplificador del tipo, cuya presentación jurídica precisa de la combinación de dos normas legales.

Aunque parezca ocioso, pero a fin de explicar mejor cómo opera la combinación de las dos normas en la legislación, consideramos conveniente hacer una breve referencia a la legislación panameña, por cuanto que es la que más conocemos, y sigue la pauta señalada por la doctrina y demás legislaciones.

El legislador panameño, en el art. 61 del Código Penal referente a la tentativa, no la denomina, ni la define como una especie de delito; más bien hace referencia a las penas aplicables en caso de una tentativa de delito, pero en ningún momento la concibe como un delito especial; la estima, al igual que al frustrado, como una simple modalidad del delito.

La jurisprudencia nos da cuenta de ello, en repetidos casos. Así tenemos: "la tentativa o el delito frustrado no constituyen delito especial, son solamente modalidades del delito que dan lugar a una graduación equitativa

de la pena" (49).

Por otra parte, el Código Penal en el libro II - determina las diversas especies de delito y no menciona - ni la tentativa ni el delito frustrado, los cuales se encuentran ubicados en el Libro I, Título V., es decir en la Parte General del Código. Esta particularidad abriga el propósito de reiterar lo expuesto por la doctrina: la naturaleza jurídica de la tentativa no es la de una actividad ilícita que tiene vida por sí misma, sino que necesita estar referida al delito determinado que se comenzó a ejecutar.

En ese orden de ideas el Tribunal no podría llamar a juicio simplemente por el "delito de tentativa", puesto que necesariamente tiene que hacer referencia a un delito tipo (contenido en la Parte Especial del Código constituida por el Libro II del mismo) relacionándolo con la disposición legal que norma la tentativa criminal. Así lo ha propugnado la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales, "el enjuiciamiento en caso de tentativa debe decretarse por la infracción del respectivo Capítulo, Título y Libro II del Código Penal, en relación con el Título V del Libro I del mismo Código" (50).

---

(49) Auto de 1º de julio de 1929, dictado por la Corte Suprema de Justicia. Registro Judicial Nº 51, pág. 496.

(50) Sentencia de 3 de junio de 1935, Reg. Judicial Nº 41, pág. 476. Auto de 18 de junio de 1935, Reg. Judicial Nº. 46, pág. 832.



## II. FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA.

Visto lo expuesto en las líneas precedentes, nos corresponde ahora la tarea de responder a la obligada interrogante del por qué de la punibilidad y de la finalidad perseguida por el legislador al prever en el ordenamiento legal la figura delictiva de la tentativa.

A continuación expondremos, con suma brevedad, las principales teorías en boga, tendentes a analizar los fundamentos o motivos del legislador para sancionar penalmente el comienzo de ejecución de un delito que por causas independientes de la voluntad de su agente activo no llega a consumarse. Luego, haremos una incursión a la legislación comparada.

La represión de la tentativa criminal encuentra su justificación en la doctrina, para algunos autores, en las concepciones objetivas y, para otros, en las subjetivas.

La dirección objetiva la fundamente: a) desde un aspecto formal. Se examina la estructura de la norma penal vigente, y b) desde un punto de vista substancial, que considera la ratio essendi o los motivos de los textos legales para reprimir penalmente el comienzo de ejecución.

En la dirección subjetiva las teorías se remiten a la voluntad del autor y a su peligrosidad revelada.





A.- Teorías Objetivas.

Fundamento: La tentativa es una auténtica violación de la norma penal. No puede existir sin la violación de la ley penal. Es un hecho que pone en peligro el bien jurídicamente tutelado.

1º. Teoría de Manzini.

Manzini, el gran penalista italiano, sostiene que la tentativa al igual que el delito consumado existe en relación con el precepto contenido en la norma del derecho vigente, objeto de violación por la actividad del agente. En contraposición a las teorías de la escuela realista arguye que el fundamento jurídico de la punibilidad de la tentativa no descansa en el peligro corrido de violación del precepto legal, sino más bien, la tentativa representa una efectiva y auténtica violación de la norma penal, por cuanto que, quien mata o roba es cierto que pone en peligro la vida y el patrimonio ajeno, pero aparte de ello, en todo caso, viola evidentemente la disposición penal: no matar, no robar. Puesto que la norma lleva implícita la prohibición de la acción injusta desde su iniciación hasta su consumación. Quien empieza a matar y a robar se coloca objetiva y subjetivamente en contraposición con la norma que menciona dichos delitos consumados. La tentativa en sí supone ya una desobediencia al mandato de la norma del delito a que se tiende.

Según Manzini, repetimos, el concepto de la tentativa al igual que el consumado, "no debe ser puesto en rela-

ción con el daño eventual o real, público o privado, sino en la esencia de la norma penal contra la cual la actividad individual se ha dirigido" (51). En fin de cuentas, esta teoría en su esencia aboga por una fundamentación formal de la incriminación, a diferencia de la carrariana que es substancial conforme veremos, y aunque no deja de ser ~~correcta~~ si merece ciertos reparos. Se le ha criticado en el sentido de que no resuelve las interrogantes anteriormente expuestas, pues, no da explicación adecuada del por qué el legislador la ha erigido al rango de conducta ilícita, ya que no plantea sus fines, razones y causas de su existencia como delito. Sólo se ha concretado a dar a la ley penal una naturaleza punitiva, soslayando la sustentación de su razón de ser.

## 2º. Teoría de la Escuela Realista.

No sólo es la corriente doctrinal dominante en los juristas contemporáneos de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, España, Hispano-América, etc., sino que incluso fué aceptada con mucha anterioridad por célebres juristas a principios del siglo XIX (Castori, Impallomeni, Benevolo, etc.).

Sus máximos expositores Carrara, Hippel, Mezger, etc., fundamentan la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido, real, efectivo, que es el peligro de la con

---

(51) Manzini, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale. Vol. II. Torino, 1948, pág. 419.

sumación del delito.

No escapa del conocimiento general que uno de los requisitos esenciales para que un acto sea elevado a la categoría de delito es de que precisa de la violación directa de un derecho o la de ocasionar un daño material, esta última cualidad no se da en la figura objeto de estudio, lo que pareciera dar la idea de su absoluta carencia de imputación.

Carrara resuelve este punto manifestando que "el daño material es sustituido por el riesgo corrido, (es decir, el peligro que corre el derecho de ser violado); éste hace las veces del daño, la acción al ejecutarlo constituye el delito, aunque se caracteriza por la ausencia de fuerza física objetiva, aunque la fuerza física subjetiva no esté desarrollada a plenitud" (52).

Constituye esta tesis la base fundamental de la tentativa criminal. Es el riesgo corrido el hecho que motiva el levantamiento del ánimo ciudadano que, ante la inescrupulosidad cometida, toda una sociedad manifiesta desaprobatión y repulsa. En una palabra, se causa un daño a la colectividad social con la descomposición del ánimo de los ciudadanos.

El peligro corrido desempeña en la tentativa la función de daño material inmediato que se da en el consumado. De tal manera que si en éste falta el daño no hay tal. Tanto que la tentativa no es tal si el peligro no -

---

(52) Carrara. Op. cit., pág. 60.

emerge. Ejm. La inidoneidad de los medios destruye la tentativa por faltar el peligro.

Para evitar errores de principios y opiniones injustificables se advierte, que cuando se habla de riesgo corrido o peligro se excluye el peligro futuro, es decir, el peligro que está por correr. Ello se justifica por que el peligro futuro es inaceptable como razón del derecho de castigar, excluyéndose de este modo los instintos y las intenciones criminosas, evitándose así el derrumbamiento de las barreras existentes entre la ley y la moral. Al Respecto Carrara arguye: "Cuando en esta materia hablamos de peligros, nos referimos a un riesgo, que en un momento dado existe verdaderamente como hecho no a un peligro de mera previsión" (53).

Para mencionar unos cuantos, participan de igual criterio en el sentido de que la punibilidad de la tentativa está fincada en el peligro real, efectivo, corrido de lesión al bien tutelado los penalistas Vannini, Impallomeni, Castori, Lisst, Mayer, Mittermaier, etc.

El primero manifiesta que "la tentativa no es un delito de peligro si bien su esencia constitutiva es un hecho de puesta en peligro de un bien penalmente protegido" (54).

---

(53) Carrara. Op. cit., pág. 346.

(54) Vannini. Op. cit., pág. 5.



El segundo, expresa "se ha puesto realmente en peligro el derecho contra el cual la acción había estado dirigida" (55).

La tesis realista también es defendida por los alemanes Hippel y Mezger. Aquél en su Manual de Derecho Penal afirma que para punirse la tentativa es requisito previo analizar la objetiva peligrosidad de la acción. El último, en su "Tratado de Derecho Penal" declara: "Habría siempre que afirmar la existencia de una acción que pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa" (56).

En síntesis, según la escuela realista, la voluntad criminosa no es punible, ni su exteriorización. Es punible esta exteriorización cuando pone en peligro el bien o interés protegido por la norma legal.

#### B.- Teorías Subjetivas.

Fundamento: La razón de castigar no es otra que la voluntad criminal, seria, indudable y firme del autor. El delito es producto de la perversidad del agente. La tentativa es reveladora de una intención criminal tan merecedora de pena como la que origina el delito consumado.

1º. Teorías Voluntaristas: La incriminación y la esencia de estas teorías radica en la voluntad del agente, que se

---

(55) Impallomeni, Giovan Battista. Istituzione di Diritto Penale. Torino. Tip. Torinese, 1908, pág. 346.

(56) Mezger. Op. cit., págs. 212 y 220.

exterioriza en un acto indubitable de resolución criminal.

Sus expositores la fundamentan así: como quiera que la concurrencia de todas las condiciones que estructuran el proceso causal genera el hecho punible, al faltar una de ellas la tentativa no puede llegar a la consumación delictiva porque no posee eficacia causal para producirla. En tanto las restantes condiciones que se han cumplido no tienen significación jurídica y desde un punto de vista objetivo no se puede incriminar una actividad incompleta, - por lo tanto, la voluntad criminal seria, firme e indudable del agente es lo que debe primar para la represión criminal.

Gran parte de los autores en sus respectivas - obras, que sería ocioso enumerar, le han formulado una serie de críticas a las bases doctrinarias de estas teorías voluntaristas, cuyos argumentos tienen su valor frente a - la legislación actual. Entre ellas, se destacan las siguientes: la tentativa es la ejecución parcial de un delito, cuyo castigo queda «condicionado a que los actos cometidos generen un peligro en el bien jurídico agredido. Mientras ello no acontezca la sola voluntad criminal es - insuficiente para justificar la incriminación, sólo lo es cuando se ha exteriorizado en una conducta típica.

Por otra parte, agregan sus impugnadores, la imposición de una pena con base en esta concepción voluntarista, repugnaría a la conciencia jurídica, pues dicha teoría llegaría incluso hasta punir el pensamiento. Para -



ella, no tiene importancia alguna la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Finalmente, olvida la necesidad práctica del concepto objetivo del peligro, tan imprescindible en esta vida llena de probabilidades y de peligiros (57).

2º. Teoría Positivista o Sintomática:

Algunos autores expresan que la sola exteriorización de la voluntad para producir un efecto contrario a la ley debe tomarse en cuenta porque es denunciadora de la personalidad del reo en sus intenciones criminosas. A esta concepción responden los positivistas arguyendo que es un absurdo la incriminación de la tentativa por el solo hecho de la idea subjetiva del agente, más bien debe tomarse en consideración la peligrosidad reveladora por el sujeto inferida de fundamentos psicológicos, antropológicos y sociológicos. De suerte, pues, que los positivistas, a diferencia de los voluntaristas, construyen la punibilidad de la tentativa en atención al grado de la peligrosidad del agente.

Los positivistas desechan las posturas de los clásicos en el sentido de que la identificación del peligro corrido con el daño sufrido no es muy conveniente. Pues esa identificación sólo opera cuando la tentativa se asemeja exteriormente al delito consumado, pero en las conductas consumadas.

---

(57) Mezger. Op. cit., pág. 233.

que apenas han pasado las etapas iniciales del iter criminis esa identificación no presta mérito alguno, pues de poco sirve, ya que, entonces, se hace necesario recurrir a artificios, a introducir distinciones y modificaciones que desvirtúan o hacen insostenible el criterio clásico del peligro corrido. La construcción jurídica de la tentativa en esos supuestos no es constante y es tan sutil que no resiste el menor análisis.

Por otra parte, sostienen los positivistas, es inadmisibile fundamentar la pena de la tentativa en la potencialidad de una conducta para producir un daño, puesto que cabría admitir el concepto de probabilidad que es radicalmente incierto y que sólo tiene relación con el futuro y no con hechos pasados.

Finalmente, recalcan los sostenedores de esta teoría que cuando se fundamenta la punibilidad de la tentativa con base a las probabilidades que tuvo un hecho pasado para producir el delito, sólo se debe atender a la personalidad peligrosa del agente que puede repetir el hecho en otras circunstancias y no el hecho pasado en sí.

En mérito de las anteriores consideraciones, los positivistas concluyen que la potencialidad del daño se refiere siempre a la temibilidad del reo y jamás a la potencialidad del hecho pasado. Por tanto, el fundamento del castigo de la tentativa es la temibilidad del agente, revelada por una acción criminal que origina una acción defen-



siva de la colectividad (58).

Entre los autores más caracterizados del positivismo, figuran Garófalo, Ferri, Sauer, Fioretti.

Garófalo, su más profundo sostenedor, expresa que la intención criminal y la peligrosidad del reo es lo que tiene valor en la tentativa y no el hecho material. "Es - punible el acto exterior en cuanto revela la criminalidad del agente, y la pena no es más que el medio de desvanecer el peligro que nace del agente mismo" (59).

Para Ferri, quien sigue a Garófalo, la manifestación de la voluntad criminal es tentativa de delito cuando resulte reveladora de una individualidad temible de una actividad sumamente peligrosa (60).

Sauer descarta expresamente la concepción de la - antijuricidad y de la tipicidad: "la tentativa ha de ser relacionada, únicamente, según la concepción natural de la vida y del derecho, con el obrar, la conducta y la causalidad, no con la antijuricidad y la tipicidad" (61).

Para los positivistas los actos de ejecución reve

---

(58) Fioretti, Giulio. Note critiche sul tentativo. Vol. II, 1890, pág. 469.

(59) Garófalo, Rafael. Criminología. Madrid, Bibl. Cient. F.L.- Traducción española de Pío Baroja, pág. 292.

(60) Ferri, Enrique. Principios del Derecho Criminal. Trad. de Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Edit. Reus, S.A. 1933, 1ª. edc., pág. 490.

(61) Sauer. Op. cit., pág. 61.



lan la temibilidad y peligrosidad del agente, y ese es el criterio determinante para fundamentar la punibilidad del obrar incompleto, que será más o menos grave según la proximidad del acto a la consumación (62).

Muchísimas críticas ha merecido la teoría sintomática. Los mismos reparos hechos a la teoría voluntarista se le pueden oponer. Aceptarla sería identificar los actos preparatorios y los actos de ejecución, igualdad desechada completamente por los clásicos. Su aceptación, implicaría, además, la punición de gran número de delitos imposibles y la confusión de los fines de la policía con el Derecho Penal.

El Derecho Penal dejaría de ser el tutelador del bien jurídico, pues, según esta teoría, trastocaría su finalidad en el sentido de proteger a la sociedad del sujeto que tiene capacidad para delinquir, puesto que según la teoría las probabilidades de la consumación varían ligadas únicamente con la personalidad peligrosa del sujeto.

### 3º. Teoría de la alarma social.

Esta teoría fundamenta la punibilidad de la tentativa no en el hecho de una violación de la norma penal, no en la circunstancia de la puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, no en la voluntad criminal ni en la pe-

---

(62) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General, Vol. 1; Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1956, pág. 73.

ligrosidad del reo, sino, más bien, en la alarma social - que provoca el delincuente, aunque no haya consumado el delito, en una colectividad medianamente civilizada.

Enormes son las críticas que se le hacen, ya que los basamentos justificativos de la tentativa residirían, única y exclusivamente, en el fuero subjetivo del juzgador. Toda actividad para los efectos de la calificación en lícita o ilícita dependerá de la apreciación estimada por el - juzgador, pues aún los actos preparatorios podrían considerarse como tentativas de delitos por el querer del Juez al estimar que determinados actos provocan pánico y alarma en determinado sector social.

En el campo científico sería irrelevante la búsqueda de la diferenciación entre lo punible y lo lícito, - "pues todo querer malo que alarmara a la sociedad sería - tentativa; y como la apreciación está otorgada a la potestad del juez, se transporta la imputación al mar insondable del buen o del mal juez" (63).

La tesis expuesta está muy lejos de constituir - el fundamento punitivo de la tentativa, ya que en la comisión de algunos delitos tal alarma social no se produce y a pesar de ello el castigo del infractor sobreviene; por - otra parte, existe la tendencia en las legislaciones modernas de eximir de penas a los delitos imposibles, aunque pro

---

(63) Palacios. Ob. cit., págs. 44 y 45.

voquen una alarma considerable.

### III. FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.

#### A.- La Teoría Subjetiva en el Derecho Comparado.

Desde hace muchos lustros se observa en la jurisprudencia de Alemania y Francia, aunque no firme en la práctica, la influencia de las posiciones subjetivas, a diferencia de Italia y España que sostienen las concepciones de la doctrina objetiva, salvo ciertas reservas en cuanto esta última que recoge la figura del delito imposible estableciendo expresamente su incriminación, tal cual comentaremos en el Capítulo V, destinado a la Tentativa Inidónea o Tentativa Imposible.

##### 1.º.- Alemania.

La doctrina subjetiva, al parecer, ha encontrado resonancia en la práctica de los tribunales de Alemania. En algunas de las sentencias se ha invocado la voluntad delictiva. Tan es así que la misma jurisprudencia en uno de los fallos, que ha servido de orientación a otros, en cuanto a la punibilidad de la tentativa ha expresado "no debe ser deducida del texto de la ley, sino de fundamentos internos, considerando que en la tentativa la voluntad criminal es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal; - por otra parte -se expone en la misma- ha de tenerse en cuenta que el aislado factor causal sólo representa una po

sibilidad o probabilidad más o menos grande en la producción del resultado, pero nunca la certidumbre de su producción o no producción; de suerte que, en consecuencia, toda acción que no ha conducido al resultado se manifiesta como una acción absolutamente inapropiada para producirle" (64).

La sentencia en referencia, no es más que una reproducción de los fundamentos doctrinales de las teorías subjetivas, que han dado nacimiento a la concepción del delito imposible y que a su vez pretende desvirtuar el clásico criterio de la tentativa ideológicamente considerada. Por otra parte, se ha llegado hasta el punto de confundir el principio de ejecución con el carácter indudable de un propósito delictivo, conforme los Proyectos Oficiales de Reforma del Código Penal que se inclinan hacia la dirección subjetiva. Tenemos así que el principio de ejecución de que nos habla el parágrafo 43 del Código Penal de 1871, que debe ser interpretado con arreglo a la orientación objetiva, ha tenido distinta interpretación en los Proyectos de Reforma aludidos confundiéndolo con la mera creencia del agente. Veamos. El proyecto de 1925 en su parágrafo 23, sigue la teoría subjetiva, cuando en él se dice: "... Acciones que según representación (del autor) constituyen el principio de la ejecución del delito". Del mismo tono es el parágrafo 26 del Proyecto del Reichstag de 1927, -

---

(64) Mezger. Ob. cit., pág. 247.

".... acciones que constituyen el principio de la ejecución o que lo constituirían según la actuación del hecho que él (autor) se representa".

El proyecto de 1930, en sus parágrafos 26 y 27, reproduce lo anterior. Y más recientemente, el nuevo ~~proyecto~~ proyecto de 1960 para la Alemania Federal que en su parágrafo 26 (número 1), establece: "intenta un hecho punible quien manifiesta el dolo de consumir el acto por medio de acciones que constituyan un principio de ejecución, o que lo constituirán de acuerdo con su representación de las circunstancias del hecho, pero que no producen la consumación".

Tanto la jurisprudencia como los Proyectos de Reformas al texto insisten en la voluntad del agente y le han dado relevancia al llamado "plano del autor", substratum de las teorías subjetivistas. En consecuencia, se podría argumentar que para el legislador y la jurisprudencia ha sido indiferente la consideración de la idoneidad o idoneidad de la tentativa, quienes sustentan sus posiciones sin tomar en cuenta la acción antijurídica. Con motivo de esa tendencia la jurisprudencia alemana, incluso, ha sancionado situaciones ridículas que ofenden al sentimiento jurídico, como las sentencias relativas a los supuestos de homicidio sobre un cadáver, tentativa de aborto de una mujer no embarazada, etc., en los cuales sin poner en peligro el bien jurídico tutelado, la jurisprudencia ha sancionado conforme a la creencia del agente, "que ha supuesto un



tado de cosas contrario al que existía en realidad" (65).

Sin embargo, autores como Hellmuth Mayer han - considerado, que la teoría subjetiva del Reichsgericht no ha conducido a una práctica judicial firme y pueden señalarse muchos pronunciamientos con base a la doctrina objetiva. Dicho autor expresa que en cuanto a la jurisprudencia reflejada principalmente en sentencias que sancionaran intentos de aborto en mujeres no embarazadas no ha de ser apreciada como una voluntad del tribunal de plegarse a la teoría subjetiva, sino que esas decisiones obedecían a un sentido práctico, puesto que en ciertos casos el embarazo es de difícil comprobación a posteriori. Corrobora su decisión en el sentido de que en la práctica tales casos son excepcionales, por cuanto que nadie procura el denunció de dichas conductas verdaderamente inidóneas, consideradas impunes por la opinión pública (66).

No obstante lo expuesto por Mayer, recientemente el legislador se inclina por la posición subjetiva, basta observar el Proyecto Oficial de 1960 de Reforma al Código Penal de Alemania Federal que establece la punibilidad del delito imposible, cuya inclusión en el texto legal supone un triunfo de la concepción subjetiva sobre el fundamento

---

(65) Mezger. Ob. cit., pág. 247.

(66) Mezger. Ob. cit., pág. 250.

En el párrafo 27 del citado proyecto se expresa: "si por necesidad crasa hubiera desconocido el autor que por la índole del objeto o del medio en que, o en el - que, debía cometerse el hecho no podrá en absoluto conducir a la consumación, podrá el tribunal atenuar la pena a su arbitrio o dejar de imponerla". En esta disposición - transcrita se observa la influencia de la corriente doctrinal subjetivista, para lo cual es indiferente la eficacia causal que debe comportar el principio de ejecución para la producción del resultado, por cuanto que dicha teoría fundamenta la incriminación de la tentativa en la voluntad criminal, con prescindencia de las características objetivas.

Francia no ha dejado de estar influida por los presupuestos de la doctrina subjetiva. Gran parte de los autores franceses son partidarios de esta concepción Garraud, Saleilles, Garçon, Vidal, etc.

SA UNIV



tencias se refleja la influencia de las concepciones subjetivas. Quizás son consecuencia de algunas reformas legales o a la influencia alemana durante la ocupación en la pasada segunda guerra mundial.

Una de esas reformas podría ser el Decreto Ley de 29 de julio de 1939, que modifica el art. 317 del Código Penal, e impone sanción a cualquiera que haya intentado el aborto de una mujer encinta o supuestamente encinta, o que no estuviese realmente en estado de embarazo. El espíritu del referido Decreto Ley, según la jurisprudencia de la Cour de Cassation francesa, consiste en lograr la punibilidad de las conductas de aborto, aunque existiese una inidoneidad absoluta, pues conceptúa que el estado de gravidez es de probanza muy dificultosa "a posteriori".

Con dicho Decreto Ley se ha llegado, pues, hasta el punto de sancionar conductas impunes.

Por otra parte, el comienzo de ejecución característico del punto de vista objetivo de la tentativa, tal como señalamos al comentar la legislación alemana, ha sido confundida con el mero propósito delictivo. En efecto, la sentencia de Casación de 9 de noviembre de 1928 (67), en materia de aborto, sancionó a los cónyuges que habían tratado de hacer abortar a la sirvienta empleando medios inadecuados para producir el aborto, pues supuso que la inefica

---

(67) Dalloz, Recueil périodique et critique mensuel de jurisprudence. París, 1929.

cia de las maniobras abortivas es una circunstancia independiente de la voluntad del agente que privó a la tentativa - de su efecto.

En otras palabras, bastó para la sanción el elemento intencional y el principio de ejecución se ha identificado con los casos de imposibilidad.

Cabe recordar que el Código Penal Francés de 1810 sustenta una teoría objetiva de la tentativa. Fué la primera legislación que señaló la necesidad de un principio de ejecución para punirla; principio de ejecución que debe ser interpretado en relación a las características objetivas.

Por las anteriores razones, es de esperar que la concepción objetiva sea la predominante en la jurisprudencia.

### 3º.- América.

En América, a pesar de que en algunos códigos penales se considera que la peligrosidad manifestada por el delincuente es factor importante en la aplicación de las penas, es determinante el clasicismo penal fundado en la doctrina objetiva del peligro, la cual concibe el delito como una acción antijurídica y culpable.

Los códigos penales del Uruguay (artículos 53, - 86, 87 y 89); del Brasil (artículos 76, 77 y 78); de la Argentina (artículo 41); del Perú (artículo 83), aplican las penas al delincuente de mayor a menor conforme a su estado peligroso. En las dos últimas legislaciones (Argentina y

Perú) se observa cierta tendencia subjetiva-peligrosista.

Algunas legislaciones establecen la punibilidad de la tentativa inidónea o del delito imposible, producto de las concepciones subjetivistas. Puesto que en ellas se atiende a la voluntad criminal y a la peligrosidad del autor para fundamentar la pena.

Las legislaciones que recogen la figura del delito imposible incriminándolo se mencionan la de Argentina - (art. 44, párrafo 4º.), Colombia (art. 18), Costa Rica (art. 42) y el Perú (art. 99). Dichas legislaciones en los artículos señalados han ignorado que el fundamento punitivo de la tentativa reside en la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido; pretenden incriminar la sola resolución criminal exteriorizada, basándose en la peligrosidad del agente sin tomar en cuenta que una cosa es la pena y otra la imposición de una medida de seguridad. Con la pena se deben castigar a los que son verdaderamente imputables, con las medidas de seguridad a los que revelen una personalidad peligrosa sean imputables o no. Así lo han comprendido otras legislaciones americanas como la del Uruguay (art. 5), Venezuela (art. 41) y el Código de Defensa Social de Cuba (art. 26). Estas últimas legislaciones estiman que en los casos de imposibilidad delictiva no puede existir la pena, por cuanto que simplemente no constituye delitos.

Sin embargo, aquellas legislaciones que expresa

mente establecen la punibilidad de la tentativa inidónea, en los artículos que denominan, definen o hacen referencia a la tentativa normal, la conciben conforme a la dirección objetiva del peligro; pero al establecer el carácter punitivo de la tentativa inidónea o delito imposible contribuyen a desnaturalizar el verdadero fundamento incriminativo de la tentativa en la doctrina dominante.

B.- La Teoría Objetiva en el Derecho Comparado.

La tentativa criminal como hecho material que pone en peligro el bien jurídico tutelado, es la corriente predominante en la mayoría de las legislaciones. Se manifiesta en la ejecución de actos exteriores que violan la norma penal, no obstante la falta del resultado dañoso, pues éste es sustituido por el peligro corrido. De esta suerte, la intención demostrada por hechos externos de ejecución no constituyen delito si no encuentran su previsibilidad en el código. De la inspiración clásica son las legislaciones siguientes: El código Penal de Honduras (Art. 2º); de la República Dominicana (2º y 3º); de la Argentina (artº. 42); de Méjico (Art. 12º); de Uruguay (Art. 5º); de Colombia (Art. 16º); de Brasil (Art. 12º); de Costa Rica (Arts. 37º y 38º); de Chile (Art. 7º, párrafo 3º); de Nicaragua (Art. 4º, párrafo 3º); Salvador (Art. 3º, párrafo 3º); Honduras (Art. 4º, párrafo 3º); Paraguay (Art. 3º, párrafo 3º); Venezuela (Art. 8º, párrafo 2º); Guatemala (Art. 16º, párrafo 4º); de Panamá (Art. 61º), etc. Los -

códigos españoles de 1848, 1870, 1932 y 1944 (Art. 3º); el Holandés de 1881, el italiano de 1889 y de 1931, etc. En consecuencia, para que la tentativa sea punible, según las legislaciones mencionadas, es necesaria la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito que no se logra por causas independientes a la voluntad del agente. Todas estas legislaciones son eminentemente classicistas, reprimiéndose más el hecho material por la puesta en peligro del bien protegido o por sus resultados que por la antropología o las condiciones personales del sujeto, siendo ese el criterio regulador de la pena en atención a la cantidad del peligro corrido. Valgan las anteriores observaciones hechas a las legislaciones de la Argentina, Colombia, Perú y Costa Rica.

El código panameño, al igual que la mayoría de las legislaciones, es de inspiración clásica. El acto en sí es tomado más en cuenta por los resultados que por la peligrosidad revelada por el sujeto activo del delito. La puesta en peligro o el daño causado a la norma es el criterio seguido para señalar la pena al delincuente.

La jurisprudencia está acorde con la tesis objetiva. Basta citar ciertos precedentes del máximo Tribunal panameño, la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, dicha Corporación ha sostenido que "de acuerdo con nuestro derecho penal, hay tentativa de delito cuando el agente, con actos o medios apropiados de

principios a la ejecución de hechos que, sin lugar a dudas, establecen plenamente su pensamiento criminoso. Si los actos ejecutados no revelan claramente la verdad e intensi-dad de ese pensamiento, no puede llegarse a la conclusión de que hubo propósito de cometer un delito que los hechos no pudieron dar a conocer, porque el pensamiento o la deli-beración de la voluntad es esencialmente subjetiva y no puede ser conocido sino por actos exteriores que lo revelen" (68).

"En el homicidio, como en todos los delitos de actividad, la voluntad criminal, que es el elemento subjetivo necesario desde el punto de vista de la tipicidad, se determina no sólo por la manifestación del propósito del agente comisario, sino también por los medios empleados y los actos de ejecución" (69).

A nuestro modo de entender, el derecho panameño sigue las concepciones realistas del Derecho Penal. Se concibe la tentativa como una lesión potencial de un bien tutelado. Esa lesión potencial es lo que da vida y existencia a la tentativa, encarnándose en un proceder que pone en peligro el bien o interés jurídico protegido en la norma legal.

---

(68) Véase auto de 30 de junio de 1928, publicado en el Registro Judicial nº 54, pág. 616.

(69) Auto de 3 de octubre de 1957, dictado por la Corte Suprema de Justicia.



La legislación española, que ha ejercido una considerable influencia en las legislaciones ibero-americanas, tradicionalmente ha seguido las concepciones clásicas. La Tentativa se concibe en sentido realístico.

Numerosos precedentes del Tribunal Supremo, del pasado siglo y del actual, lo confirman. Veamos. Dicha Corporación ha establecido en reiteradas resoluciones las siguientes afirmaciones:

"Son actos de tentativa aquellos exteriores mediante los que el culpable da principio directo a la ejecución del delito proyectado, siendo condición indispensable que revelen el propósito criminal" (70).

"Los hechos realizados encaminados a la ejecución del delito además de ser idóneos para producirlo, implican un atentado real y un peligro directo e inminente contra la persona de semejante manera amenazada" (71).

"Es preciso la realización de alguno o algunos de los actos de ejecución del delito, sin que estos actos de ejecución se completen, en cuyo caso se daría el delito consumado" (72).

"La Tentativa supone no sólo la intención criminal, sino también la acción idónea para producir el resul-

---

(70 y 71) Véase sentencia de 22 de junio de 1889 proferidas por el Tribunal Supremo.

(72) Véase sentencia de 30 de noviembre de 1934, dictada por el Tribunal Supremo.

tado, pues en otro caso faltaría el principio de ejecución exigido por el Código Penal" (73).

Sin embargo, cabe establecer cierta excepción, el derogado Código de 1928 y el actual de 1944 (párrafo 2º. del art. 52); a contraria de los de 1848, 1870 y 1932, establecen la punibilidad del delito imposible, figura que vulnera la clásica concepción punitiva de la tentativa. Por ello, es de esperar una futura reforma en el actual ordenamiento jurídico-penal en el sentido de excluir la punibilidad del delito imposible, por cuanto que ésta no registra coordinación alguna con la orientación del sistema punitivo vigente, que es clásica.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias, en las cuales ha prescindido del criterio realístico, predominando en ellas cierta influencia subjetiva-peligrosista (74). Felizmente dichas resoluciones, que son excepcionales, repetimos, constituyen una minoría reducidísima, incapaces de imprimirle afición al juzgador por los criterios subjetivo-sintomáticos.

---

(73) Véase sentencia de 7 de abril de 1936, dictada por el Tribunal Supremo.

(74) En las <sup>sentencias</sup> de 30 de junio de 1909 y 1 de Febrero de 1943, el Tribunal Supremo estimó como tentativa de delito el suministro de una sustancia venenosa en cantidad insuficiente para causar la muerte. Cabe agregar que en posteriores resoluciones e incluso anteriores (sentencias de 26 de marzo de 1888 y 7 de junio de 1890) el Tribunal Supremo ha sostenido el criterio opuesto, predominando en ellas la concepción clásica de la tentativa.



#### IV. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

Una vez cumplida la conducta típica de la tentativa, se ha dado nacimiento a un hecho previsto por la ley penal que debe ser incriminado. Siendo casi semejantes la significación entre los términos "delito" y "hecho punible penalmente", tiene que darse en la tentativa, por lo que, también en ella, la punibilidad es una de sus características necesarias.

##### A.- El Castigo de la Tentativa y la medida de su pena.

La mayoría de las legislaciones, entre ellas la panameña y la española, dosifican el castigo que le cabe al sujeto atentamente con pena inferior a aquella que se impone al ejecutor del delito perfecto. A pesar de que ésta es la corriente dominante, no han faltado algunos que sustentan la igualdad del tratamiento represivo de la tentativa y el delito consumado.

##### 1º.- Igualdad del tratamiento represivo con el delito consumado.

Una pléyade de teorizadores han reclamado la igualdad de pena tanto para la tentativa como para el delito consumado, entre ellos, tenemos a Filangieri, Lombroso, Garófalo, Saleilles, Demedieu de Vabres, etc., quienes fundan la equiparación del tratamiento punitivo en el hecho de que el culpable ha demostrado toda su perversidad con el comienzo de ejecución. Sus concepciones parten del



principio de que el acto exterior es punible porque revela la intención criminosa del sujeto, su peligrosidad o su perversidad, razón por la cual no hay por qué distinguir los momentos que generan el delito, ni tampoco diferenciarlos en el tratamiento penal por considerar que éste no se mide por la materialidad del daño que se produce.

No han faltado códigos que siguen esta orientación, cabe mencionar el Código francés de 1810, el Código austríaco de 1852, el de Bélgica hasta la promulgación del C. penal de 1867, el Código Penal Soviético de 1926 y el actual, el Principado de Liechtenstein, Finlandia (salvo estipulación contraria de la ley), Hungría y Polonia. Generalmente, en América no hay simpatizadores de esta posición, salvo la Rep. Dominicana, más bien establecen las legislaciones disminución de pena en el castigo de la tentativa.

2º.- Disminución de pena en el castigo de la tentativa.

Participan de ella gran número de penalistas italianos (Beccaria, Romagnosi, Carrara), franceses (Rossi, Chauveau & Helie, etc.), españoles e hispanoamericanos (Jiménez de Azúa, Cuello Calón, Soler, Fontán Balestra, Puig Peña y otros).

Basta, también, la lectura de todos los códigos penales, salvo ciertas excepciones, para asentar la prevalencia de esta tendencia. La cual se basa en consideracion

mes de naturaleza jurídica, política y de equidad.

Las primeras -consideraciones de naturaleza jurídica- destacan que en la tentativa por muy grande que sea el riesgo producido nunca iguala en gravedad al mal realizado. Razones de lógica y de justicia imponen que la tentativa aún llevada a su último límite no puede ser imputable como equivalente al delito consumado. Lo contrario significaría igualar un peligro a un daño real y efectivo y se comprende sin mayores esfuerzos que tal equiparación repugna al sentido común (75).

Las segundas -consideraciones de naturaleza política-, señalan que una penalidad diferente "crea en el delincuente un nuevo y eficaz motivo inhibitorio para no repetir la tentativa, pues de ser igual la pena, no habría ningún aliciente para disuadirlo de intentar nuevamente al canzar la meta delictiva antes de ser descubierta" (76). Por último, alegan las terceras, que la disminución de la pena en la tentativa está más a tono con la conciencia pública, que entreve la diferencia jurídica existente entre aquélla y la consumación, no olvida la posibilidad de que el desarrollo de la conducta delictiva se hubiese detenido por circunstancias que obedecen al desistimiento reali-

---

(75) Carrara. Op. cit., pág. 62.

(76) Araújo. Op. cit., pág. 328.

zado por el agente, que lo declara exento de responsabilidad (77).

Federico Puig Peña opina que la pena de la tentativa ~~debe~~ ser menor que la del delito consumado. Razones : En la tentativa sólo hay violación de la norma, en el delito consumado existe violación de la norma y producción de un daño material que no se da en la tentativa. Además, en este última figura es posible el desistimiento del agente - que no ha recorrido todas las fases del delito consumado - (78).

B.- El castigo de la tentativa en la Legislación Comparada.

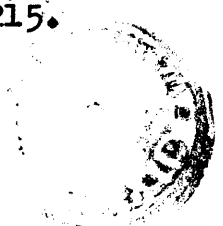
a) En América.

El régimen legal panameño participa de la disminución de pena en relación con el delito consumado, tan es así que el vigente cuerpo de leyes castiga la tentativa - "con una pena no menor de la mitad ni mayor de las dos terceras partes de la ~~señalada~~ para el delito consumado" (art. 61). Su razón legal se fundamenta en aquellas consideraciones de índole jurídica y política que señalamos en párrafos antecedentes.

---

(77) Oliva, Cesare. Del Tentativo, Ric. Penale. Vol. 16. 1882, pág. 12.

(78) Federico, Puig Peña. Derecho Penal. 5ª. Edic. Tomo II. Parte General. Vol. II. Ediciones Nauta, S.A. Ríos Rosas, 57. Barcelona, 1959, págs. 214-215.



Acerca de su regulación cabe destacar los siguientes caracteres:

1º. Como primer rasgo fundamental, se determina la pena de la tentativa en relación con la del delito consumado. Se aplica una cuota parte deducida de la que corresponde a éste último.

2º. En segundo lugar, a pesar de que el código - no dice expresamente que la tentativa será castigada más benignamente que el delito consumado, el legislador se somete a esta orientación.

3º. En tercer término, el régimen general del castigo de la tentativa deja de aplicarse en los casos en que la ley, tratándose de ciertos ilícitos castiga expresamente la tentativa como acontece en el artículo 3º del decreto legislativo nº 11 de 8 de Noviembre de 1945.

"Los actos subversivos a que tengan por objeto - atentar contra los poderes constituidos de la Nación o cambiar en modo alguno la forma democrática de su Gobierno,..  
..... se castigarán también con veinte años de reclusión fija. La tentativa, con pena de uno a diez , y el delito frustrado con pena de cinco a quince" (el su - brayado es nuestro).

4º. En cuarto y último lugar, la pena de la tentativa no sólo se regula, en su cuantía, en proporción a - la del delito consumado, sino en atención a las circunstancias especiales que preceden y rodean el actuar criminoso.

No debemos olvidar que en nuestro derecho el Juez tiene entera libertad para delimitar la pena que en cada caso concreto debe aplicarse a un delincuente, dentro de un mínimo y un máximo que señala la ley, en consideración a las consecuencias y a la gravedad que comporta el delito. Es decir, que está muy lejos el juzgador de graduar la delincuencia por medio de una escala de penas.

Este criterio lo sigue nuestra jurisprudencia en reiteradas resoluciones; basta citar una que sintetiza el criterio jurídico de nuestros juzgadores.

"El sistema penal que rige actualmente en Panamá no establece grados precisos de culpabilidad ni somete a determinada tarifa la aplicación de la pena. Dentro de los límites mínimo y máximo de la pena, los Jueces pueden fijar la que estimen conveniente, según las condiciones del reo y las circunstancias del caso" (79).

Las anteriores consideraciones dicen relación con el castigo de la tentativa aplicadas en Panamá. La misma línea se aplica en casi todo el continente americano, es decir lo menos, salvo muy ligeras variantes.

En América, sólo en casos excepcionales, la tentativa se castiga como la consumación. Por ejemplo, tenemos el art. 437 del Código Penal de Chile, que pena la tentativa de robo, acompañada de alguno de los delitos ex -

---

(79) Sentencia de 3 de abril de 1935. R.J. Nº 28. Panamá, pág. 522.

presados en el art. 433 del mismo texto, como el robo consumado.

Es de mencionar, también, el vigente código de la Rep. Dominicana, que establece la equiparación de pena, - pues sigue los basamentos del Código francés de 1810. El art. 2º. expresa: "Toda tentativa podrá ser considerada como el crimen mismo, cuando se manifieste con un principio de ejecución, o cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito, por causas independientes de su voluntad; quedando estas circunstancias, sujetas a la apreciación de los jueces".

b) En Europa.

En la Legislación española, la regla general en la graduación de la pena a los autores de la tentativa de delito está contemplada en el artículo 52 del Código Penal: "A los autores de la tentativa de delito se les impondrá - la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio - del tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado".

Renombrados juristas españoles han mostrado su - disconformidad con el tratamiento penal consignado en la - anterior disposición, a la que califican de anticuada por no seguir las unánimes tendencias del Derecho Penal Moderno, y por ofrecer dificultades de orden práctico su gradación en vista al modelo ideal del delito consumado, cuando



se desconoce la naturaleza misma del supuesto delito no realizado o su gravedad cuantitativa (80).

Los Arts. 53 y 54 del C. P. establecen penas tanto a los cómplices como a los encubridores de la tentativa de delito. Ambas penas son inferiores en uno y dos grados, respectivamente, a las señaladas por la ley al autor de la tentativa. De modo que la de complicidad conlleva una penalidad mayor en relación con la del encubrimiento. Estas graduaciones penales han merecido severas críticas por su falta de severidad; por otra parte, según la redacción de los artículos expresados, la pena del encubridor y la del cómplice dependen de la del autor, incurriéndose así en un grave error. No se pueden señalar penas basadas en conductas objetivas y con prescindencia absoluta de la personalidad del culpable y de sus móviles (81).

No obstante, los principios generales señalados en los Arts. 52, 53 y 54 del C. P. tienen excepciones. El código en determinados casos estatuye expresamente la pena correspondiente a esta modalidad del delito imperfecto (ver Arts. 135, 142, 153, etc.).

En otros casos, comportan una igualdad con el tra

---

(80) Quintano Ripollés, Antonio. Comentarios al Código Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen I. Madrid, 1946, págs. 360 y 361.

(81) Sánchez Tijerina, Isaías. Código Penal Anotado. Instituto Edit. Reus, Preciados, 23, 6, Madrid, 1948, - pág. 103.



tamiento represivo del delito consumado, tenemos así el caso del Art. 142. "Al que matare al Jefe del Estado se le impondrá la pena de reclusión mayor a muerte".

"Con igual pena se castigará al delito frustrado y a la tentativa del mismo delito".

Alemania:

El parágrafo 43 dispone que la tentativa de delito sólo se castiga cuando la ley así lo declare expresamente.

Se castiga con pena menor a la del delito consumado. En cuanto a las accesorias existe equiparación (véase parágrafo 45).

Bélgica:

Se castiga con la pena inmediatamente inferior a la del delito consumado (véase Arts. 52, 80 y 81 del Código Penal).

Grecia:

La Tentativa conlleva una pena reducida en relación con la del delito consumado. No obstante, el Juzgador tiene facultades para equipararla, exceptuando la pena de muerte, cuando estimare que es necesaria a fin de impedir al autor la comisión de otros actos punibles (art. 42).

El art. 43 prevé la punibilidad de la tentativa de delito imposible. El desistimiento voluntario conlleva la impunidad.

Finlandia:

Generalmente, según las disposiciones legales vi-

gentes, conlleva la misma sanción que la del delito consumado, salvo que la misma ley determine lo contrario (ver Cap. IV del Código Penal). El desistimiento voluntario también conlleva la impunidad.

Francia:

La tentativa también es considerada como la comisión del crimen mismo. Constituye delito cuando la ley expresamente lo estipule. Su penalidad está equiparada con la del delito consumado.

Holanda:

Las penas accesorias son las mismas tanto para la consumación como para la tentativa.

El máximo de las penas principales señaladas para el delito tipo disminuye en un tercio para la tentativa.

Expresamente decreta la impunidad de la tentativa de contravención.

Hungría:

Puede ser castigada de igual forma que el delito consumado. No obstante, el arbitrio judicial puede atenuar la sin límite (Art. 18).

Inglaterra:

Está sujeta al poder discrecional del Juzgador, - pero jamás es castigada la tentativa con penas superiores o máximas a las estipuladas para el delito consumado.

Islandia:

Es castigada con menos severidad que la consuma



ción. No hay pena cuando existe el desistimiento voluntario.

Italia:

La sanción de la tentativa es más moderada que la relativa al delito consumado. Véase Art. 56 del Código Penal vigente.

Principado de Liechtenstein:

En todos los casos, y salvo especiales excepciones prescritas por la ley, todas las disposiciones concernientes al delito consumado son igualmente aplicables a la tentativa, que es punible con la misma pena que se ha dictado para el delito tipo, con excepción de la reserva establecida en el art. 47 del C. Penal.

La legislación tiene la virtualidad de equiparar la tentativa al hecho consumado, tal como existe en Francia, - en Rusia, etc. En efecto el art. 8º. expresa:

"Para que haya un crimen, no es necesario que el acto sea ejecutado. La sola tentativa de una fechoría es - un crimen o delito en el momento en que hay intención dolosa, un acto que ha sido emprendido antes de llegar a la ejecución efectiva, aunque la consumación del crimen no se haya producido por una serie de impotencias, o por la supervivencia de un obstáculo extraño, o del azar".

Noruega:

Es castigada con menos severidad que el delito consumado. Se castiga con pena que puede ser rebajada has

ta el mínimo del delito principal, y en ciertos casos hasta en una escala aún por debajo de la misma (art. 71).

Al igual que Holanda expresamente decreta que no es punible la tentativa de contravención (art. 49).

El desistimiento voluntario de la acción hace de desaparecer el carácter punible de la tentativa.

Polonia:

Se castiga en los límites previstos para la infracción rectora (art. 24). No obstante, el Juzgador puede acordar una atenuación extraordinaria de la pena, en los casos—previstos en el art. 23.

Establece la impunidad de la tentativa cuando su autor no haya creído en la eficacia de su acción, bien por superstición o extrema ignorancia.

No es acreedor a pena cuando voluntariamente desiste de su acción.

Rusia:

La peligrosidad del agente es la base única de imputabilidad. Sistema que tiene su precedente en la escuela positiva italiana. Por ello la penalidad estatuida para la tentativa e incluso para los actos meramente preparatorios se equiparan a la del delito consumado, cuando aquellos sean reveladores de un peligro social.

En su articulado no establece penas menos severas que para el delito consumado. En efecto el art. 19 expresa:

"La tentativa de cualquier delito así como los he

chos preparatorios, consistentes en la adquisición y preparación de instrumentos y medios y en la producción de condiciones previas para la ejecución del delito serán perseguidos como el delito consumado.

El tribunal para la elección de las medidas de defensa social de naturaleza judicial-correccional tendrá en cuenta el grado de peligrosidad de la persona que ejecutó los actos de tentativa o de preparación del delito, el grado de consumación alcanzado por el delito, la proximidad al resultado, así como las causas que han impedido la consumación del delito".

Suiza:

Al Juez se le da un considerable arbitrio, y puede elegir y medir la pena según las circunstancias del caso, e incluso, según que el autor aparezca más o menos perverso o peligroso.

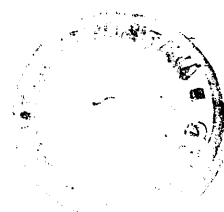
El art. 21 del Código, establece que la tentativa podrá ser atenuada, respecto de aquél que haya comenzado la ejecución de un delito . Es tan amplio el poder discrecional del Juzgador que puede equipararla con la consumación.

Prevé el desistimiento como exención de pena.

Como se observa, en las legislaciones nacionales predomina la tendencia de la disminución de pena de la tentativa en relación con el delito consumado, salvo las excepciones expresadas.

Por otra parte, la mayoría de las legislaciones -

las penan en todo género de delitos. Otras, en determina -  
dos delitos. Francia y Alemania penan siempre la tentativa  
de crimen. Pero los otros delitos los castigan solamente -  
en los casos señalados por la ley. Suecia, establece san -  
ción punitiva sólo para ciertos delitos.



## C A P I T U L O   I V

### LOS ACTOS PREPARATORIOS Y LA TENTATIVA O EL MINIMUM DE LA ILICITUD PENAL.

- I. Planteamiento.
- II. Fundamento de la Impunidad del Acto Preparatorio.
- III. Criterios Delimitativos.
  - A. Su Importancia.
  - B. Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos.
    - a) Posiciones Doctrinales Nugatorias de la Delimitación.
    - b) Posiciones Doctrinales que afirman la Posibilidad de la Delimitación.
      - 1º. Teoría de la Univocidad.
      - 2º. Mayor o Menor Proximidad a la Consumación.
      - 3º. Ataque a la esfera jurídica de la Víctima.
      - 4º. Lesión del Bien Jurídico Protegido.
      - 5º. Juicio de Adecuación de los Actos.
      - 6º. Teoría del Delito Tipo
      - 7º. Otras Posturas.
- IV. Consideraciones Generales.
  - a) en relación con el límite mínimo.
  - b) en relación con la Delimitación.

## C A P I T U L O   I V

### ACTOS PREPARATORIOS Y LA TENTATIVA O EL MINIMUM DE LA ILICITUD PENAL

#### I. PLANTEAMIENTO:

Desde antaño los tratadistas del Derecho penal - trabajan incansablemente a fin de indicar con la mayor exactitud qué comportamientos humanos son acreedores a pena. - Para tal efecto, describen en fórmulas concisas cómo deben ser los actos de la tentativa, cuáles son sus características constitutivas, y fijan sus límites uno inferior que permita conocer lo mínimo de la ilicitud penal. Otro superior, más allá del cual desaparece la figura jurídica de la tentativa.

En el presente capítulo importa, por ahora, ubicar el mínimo de la ilicitud penal de la tentativa, razón por la cual, en su debido momento procederemos a fijar la distinción entre las actividades no punibles -actos preparatorios- y las que son objeto de sanción punitiva.

Los actos preparatorios carecerían de importancia jurídica si en el proceso de generación del delito se configurasen en la tentativa o en la consumación, ya que no ha -



bría duda alguna acerca de la punibilidad de tales actos. Pero lo que mueve a la duda es el hecho de determinar cuándo se entienden cumplidos tales grados de la conducta ilícita; cuándo puede decirse que se inicia la lesión al bien jurídico tutelado. El punto de arranque, entre lo permitido y lo prohibido, está en la línea de demarcación del acto preparatorio y la tentativa. En la práctica es sumamente difícil establecer si un acto es impune por su calidad de preparatoria, o si es punible por constituir tentativa, lo cual es explicable debido a la gran variedad de delitos y de las formas dadas en el proceso de generación.

Como quiera que la demarcación presenta grandes dificultades, muchas legislaciones la han regulado partiendo de dos supuestos; unas, establecen expresamente la impunidad del acto preparatorio; otras la excluyen y solamente se concretan a definir la tentativa sin hacer mención de - los actos preparatorios.

Los códigos de ciertos cantones suizos (Lucerna, Valais, Argovia, etc.) el Código de Méjico de 1871 (Art. - 24); el argentino de 1886 (Art. 14), ya derogados, y los - actuales códigos de Portugal de 1886 y de Finlandia (Capt. IV, Art. 1º), proclaman expresamente, la no sanción de los actos preparatorios. Dichos códigos han recibido severas críticas, pues, los códigos penales deben concretarse a manifestar qué es lo que debe castigarse. En ningún momento la Ley tiene necesidad de decir que tal acción es impune.



ya que existen muchas cosas que no son punibles y sería ociosa hacer expresamente esa manifestación.

Los códigos de Francia, de 1810; de Bélgica, de 1867; de Alemania, de 1871; de Noruega, de 1902, (Art. 49); de Luxemburgo (Art. 51); de Holanda (Art. 45); de Grecia - (Art. 42; de Argentina, de 1921 (Art. 42); del Perú, de 1924, (Art. 97); del Brasil, de 1940, (Art. 12); y el de España, de 1944 (Art. inc. 3º), y muchos otros, han excluído los actos preparatorios de las definiciones dadas a la tentativa. Esta es la tendencia general seguida por las legislaciones vigentes.

Estos códigos parten del principio de que hay tentativa, cuando la intención de su autor ha sido manifestada por un principio de ejecución. Faltando éste, hay actos preparatorios. De allí, la importancia de delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos, para ubicar así el mínimum de la ilicitud penal.

## II. FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL ACTO PREPARATORIO.

Las diversas legislaciones, influídas por las corrientes liberales, al tratar de la aplicación de la ley penal manifiestan que no hay delito sin tipicidad. Es decir que no puede existir delito sin ley anterior que lo defina, ni puede haber pena sin su previo señalamiento en los textos legales, justificándose así la urgencia que mueve al legislador a establecer plenamente la distinción entre el ac-

to preparatorio y la tentativa.

La opinión de los autores coincide en que los primeros no constituyen en sí delito, ya que, dada la dificultad en precisarles, no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir y sancionarlos haría más daño que bien. En efecto, los actos preparatorios no constituyen un principio de violación de la norma penal; más bien es el acto que facilita la empresa delictiva que rinde cierta posibilidad para emprenderla. Pero por sí no ofende el bien tutelado; - si acaso, por regla general, revelan cierta peligrosidad esta es muy escasa. Generalmente, no son punibles en los Estados de Derecho, porque en éstos es "necesario que haya prueba plena o completa de la existencia de un hecho punible por la ley de la responsabilidad criminal", (Art. 2153 del Código Judicial panameño), razón que imposibilita el castigo de un sujeto por ciertos actos sobre cuya verdadera intención existe la más absoluta incertidumbre, cuando, de por sí, la justicia exige la más transparente claridad y certeza de que se está delinquiendo, para sancionar al agente perpetrador del ilícito penal.

Estos argumentos tienen su asidero en el ámbito de la lógica. De allí que es imposible considerar delictuoso - la sola compra de un barril de pólvora, la compra de un frasco de Lysol, veneno activísimo, etc. Ello, porque no podemos afirmar que tales actos van encaminados a un propósito criminal, pues en sí nada revelan. Y es que tales elementos



peligrosos muy bien podría utilizarse para el logro de una acción inocente o en consonancia con los preceptos legales. Pero muy otro sería el status del agente si colocase ese barril de pólvora frente a la casa de un enemigo, o si colocase lysol en los alimentos de alguien.

A pesar de que en los actos preparatorios existe un acto exterior, no revelan por sí mismo la ejecución de una actividad delictuosa. Por ello, participamos del criterio de Manzini en el sentido de que "la razón jurídica de la no punibilidad de los actos preparatorios a título de tentativa se encuentra en la falta de un principio de violación de la norma penal que contempla el delito proyectado por el sujeto" (82). Entendemos que los actos preparatorios contienen un principio de ejecución, que puede ser la exteriorización de un propósito criminal, a pesar de la lejanía de la meta delictual. Más lo difícil del problema consiste en establecer la certidumbre que se debe tener para probar que tales actos se encaminaban al delito, ya que los mismos son deficientes para sancionar, conforme al Derecho Penal. En síntesis, los pilares que fundamentan la impunidad de los actos preparatorios, estriban en su equivocidad y a la ausencia de un principio de ejecución criminoso

---

(82) Manzini, Vincenzo. Op. cit., pág. 486.

claramente evidenciado (83).

No obstante - repetimos - los actos preparatorios, en ciertas circunstancias, son punibles, por ejemplo; en los casos que constituyen transgresión o cuando la ley los pena especialmente (códigos del Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile, Portugal, Argentina, España, etc.) o cuando así lo dispongan los acuerdos internacionales (84).

Garófalo, es uno de los grandes autores que sostiene que en forma absoluta los actos no son impunes. "Nadie podría sostener -dice- que en general los actos sencillamente preparatorios sean punibles, pero es posible determinar algunos casos en los que sean....." aquellos en que éstos se cometen por delincuentes habituales de la figura especial de delito que ejercitan". (85).

---

(83) El Tribunal Supremo español ha declarado que los actos preparatorios no son punibles porque no constituyen aún principio de ejecución, pues éstos no se inician hasta que lo intentado y preparado se ejecuta - (véase sentencia de 3 de Abril de 1880).

En otras resoluciones ha expresado que no es punible el hecho de extender un documento falso si no se ejecutan actos externos que revelen el propósito de causar perjuicio a no ser que el hecho rebase, la condición de acto preparatorio (véase sentencias de 6 de Abril de 1933 y 18 de Mayo de 1935).

(84) En las convenciones de Ginebra de 1921 y 1933 se prevén y castigan actos preparatorios relativos al tráfico de menores y trata de blancas. En las de 1929 y 1936, de Ginebra los relativos a la represión de moneda y del tráfico de estupefacientes, respectivamente.

(85) Garófalo. op. cit., pág. 342 y 343

Posteriormente, Ferri, ratificando lo expuesto por Garófalo expresa; "También con los actos preparatorios la realización del propósito criminal y por tanto, la ejecución del delito, ha comenzado y, en consecuencia, el que la realiza debe estar sometido a la correspondiente sanción..... y luego agrega;....."como quiera que todos los delincuentes enfermos o sanos mentales, en cualquier grado o forma de realización externa del pensamiento delictuoso, son punibles, por ser la ejecución de un propósito criminal y no actos indife-rentes o legítimos (como es la adquisición de un puñal para la colección artística o científica, o de un revólver para - tenerlo en casa al objeto de la defensa" (86).

Estos actos, también, son amenazados por la Ley con pena, en ciertos casos de excepción, por motivos políticos - criminales y políticos- estatales (alta traición, perjurio, etc.) que revisten suma gravedad. Esta gravedad se amplía - continuamente en atención a la conducta idónea desplegada para originar ciertos peligros como lo es el de proporcionar - objetos inflamables o explosivos, etc. Se establece así la punibilidad de los actos preparatorios recurriendo a los coeficientes de la univocidad y de la idoneidad desarrollada - por el agente conisor.

En otros casos los actos preparatorios son obje-tos de sanción penal, cuando son de extremada peligrosidad y reveladores de un intento de delito, salvo prueba en contra-

---

(86) Ferri, op. cit., pág. 491.

rio.

Además de lo expuesto, existen otros actos preparatorios que se reprimen, tales como el mandato y el acuerdo para delinquir, ello en atención al grado de peligrosidad que se desprende de esas acciones, como acontece en España, en la Unión Soviética y en otras legislaciones.

En conclusión, abogamos por la impunidad de los actos preparatorios, salvo ciertas excepciones, porque conceptuamos que el orden jurídico no es infringido ni perturbado cuando la idea y la voluntad delictiva permanecen en la intimidad de la conciencia y en el ámbito de la actividad individual. Serán punibles, en cambio, cuando la idea y la voluntad criminal se exteriorizan en una acción física, es decir, en actos de ejecución. En estas circunstancias no cabe duda que puede lograrse la tentativa o la consumación del delito.

En resumen, esta etapa del "iter criminis" no le interesa al Derecho penal para sancionar porque las solas intenciones o pensamientos no violan el normamiento jurídico. Más bien, interesa a los preceptos de la moral y de la religión.

Es imprescindible, para que las intenciones criminales tengan efectos jurídicos su exteriorización y conlleven la posibilidad de lograr la consumación del delito, mediante actos de ejecución.

### III. CRITERIOS DELIMITATIVOS

A.- Su importancia. Algunos autores han expuesto que la delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa contribuye eficazmente a señalar el punto de partida de una serie de principios fundamentales del Derecho Penal. Se excluyen de esta delimitación todas aquellas manifestaciones de ideas que exteriorizan la voluntad criminal, que no son integrantes del proceso generador del delito mismo ni directa ni materialmente. Razones por las cuales, en ciertas legislaciones suelen quedar exentos de castigos las manifestaciones simbólicas de intención criminal, las conspiraciones criminales, la instigación, la sociedad para delinquir, etc. No obstante, algunas las punen expresamente.

Por tener gran relación con el concepto de la ilicitud, la ciencia del Derecho Penal no ha cejado en su empeño de establecer un criterio delimitativo, a fin de determinar en los casos concretos si, en estricto derecho, se ha logrado el mínimum de la ilicitud penal. De aquí se desprende la importancia práctica de diferenciar estos momentos del "iter criminis". Se precisa para la seguridad y protección de los asociados frente al Estado y a su vez para definir los límites de una conducta libre, sin traspasar el ámbito de lo ilícito.

Ahondando sobre la importancia práctica de la delimitación, el profesor Carrara, expresa; "Si fuese cierto que es imposible encontrar un criterio diferencial entre actos preparatorios y actos ejecutivos, habría que dar un



perpetuo adiós a toda ciencia criminal y a toda justicia, porque ello llevaría inevitablemente a hacer imposible el trazado de límites a la tiranía de quien por su caprichosa ferocidad quisiera amenazar con pena los actos inocentes" (87). Tal deferenciación es explicable, ya que constituye un imperativo lógico la separación conceptual de estas dos figuras, a fin de precisar la noción exacta del delito y la sanción que conlleva.

Doctrinalmente, según algunos penalistas, el ámbito de la separación es factible y de gran importancia. Otros como Maggiore y Bettiol desechan la posibilidad y le restan importancia. Otros como Delitala llegan a sostener que la delimitación no es más que un juego de palabras que no le interesan al legislador.

B.- Actos preparatorios y ejecutivos. Durante mucho tiempo los juristas se han perdido en el terreno de las divagaciones y de las construcciones artificiosas con miras a establecer una nítida delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa. Ello deriva de lo difícil que resulta establecer o determinar las circunstancias que intervienen en los actos humanos. En atención a los innumerables factores que condicionan la voluntad humana los teóricos se han preocupado, desde hace mucho, en definir qué se entiende por comienzo de ejecución -punto de arranque para la

---

(87) Araujo, op. cit. pág. 88

delimitación- originando especulaciones y fórmulas, que hoy día significan uno de los problemas más escabrosos para la ciencia del Derecho Penal. Las razones redundan en el valor relativo de los actos ejecutivos, en el sentido de que si bien determina que la conducta es ejecutiva respecto a un delito específico, no pueda serlo respecto a otro. Se desprende así la imposibilidad de determinar a priori qué circunstancias son constitutivas de los actos ejecutivos.

Estos inconvenientes han sido señalados desde Carrara hasta nuestros días, y no ha sido posible encontrar una solución que cuente con unánime decisión. Ciertos autores niegan que la fórmula, comienzo de ejecución, pueda suministrar un criterio valedero que permita distinguir los actos preparatorios de la tentativa. Otros alegan que ello es posible a través de los textos legales. Otros, que es posible en la práctica en relación con cada tipo concreto y en cada hecho determinado que se presente (del Rosal, Scarano, Massari, etc.).

En fin, numerosas han sido las teorías expuestas. A continuación haremos una breve referencia de las mismas. Entre ellas, tenemos la de la Univocidad, Mayor o menor proximidad a la consumación, ataque a la esfera jurídica de la víctima, Lesión del bien jurídico protegido, Juicio de adecuación de los actos, Teoría del Delito Tipo, etc.

a) Posiciones Doctrinales, Negatorias de la Delimitación.

Criterio Objetivo: Muchos autores optan por no dar fórmulas aplicables a todos los casos en vista de las dificultades que se presentan para precisar dónde termina la preparación y cuándo comienza la ejecución, y ello porque resulta difícil, en la mayoría de las ocasiones, probar la existencia de elementos que conformen el acto preparatorio de una acción dada. También, se reconoce, en algunos casos - la imposibilidad de establecer, en forma absoluta, cuándo comienza la tentativa. Solamente en casos concretos, agregan, será posible establecer un criterio diferencial que - cambiará según las clases de delitos.

Otros, en cambio, reconocen su inutilidad cuando se pretende concretarlo a un caso particular. A este respecto, Buccellati se pregunta: ¿qué torturar el ingenio - para especificar una idea que de por sí es genérica? Cualquier esfuerzo no quitará jamás la dificultad de determinar en los casos concretos el instante preciso en que un - acto no es más preparatorio sino tentado, no atentado sino delito frustrado\* (88).

En puridad de verdad, dada la enorme dificultad en precisar esos momentos en la generación del delito, se - llega a pensar que es casi imposible dentro del rigorismo - doctrinal; ni en una rígida norma, muchas veces carente de

---

(88) Buccellati, Antonio Istituzioni di Diritto e Procedura Penale, Milano - 1884 - pág. 199.

fundamento científico, por lo que en la práctica el poder de discrecionalidad del juzgador juega un papel relevante. Criterio Subjetivo: Desde este punto de vista se ha pretendido también negar toda diferenciación. Ciertos autores sustentan la tesis de que la voluntad objetiva exteriorizada en actos no deja dudas acerca de la resolución criminal, en razón de estar dirigida a la comisión del ilícito, razón por la cual, consideran que no se justifica la preocupación por distinguir el acto preparatorio del acto de la ejecución, ya que sólo basta la objetivación del propósito criminal.

Otros autores, exégetas del positivismo penal, concluyen que tampoco es posible la delimitación y sostienen que todas las formas o grados de realización externa del pensamiento delictuoso deben ser objeto de sanciones, las cuales, están condicionadas a la peligrosidad demostrada por el agente, con prescindencia de las manifestaciones objetivas de la conducta. Adviértese que los actos preparatorios son punibles cuando "se cometen por delincuentes habituales..... "Si estos hechos no han podido llegar a su término porque han ocurrido obstáculos independientes de la voluntad del agente, son verdaderas tentativas criminales; en realidad la intención está manifiesta de tal modo, que no puede dudarse del éxito que hubieran tenido sin la existencia del obstáculo" (89).

---

(89) Garófalo, Op. cit. págs. 342 y 343.

Este criterio, ha sido objeto de reparos, ya que se considera inadmisibles la sanción punitiva de una conducta por su potencialidad para originar un daño, pues ello - supondría admitir las contingencias de la probabilidad, - que por naturaleza es incierta y que depende de un acontecimiento que puede o no realizarse en el futuro.

b) Posiciones Doctrinales que afirman la posibilidad de la delimitación.

Según ciertas tesis expuestas, sólo es posible la delimitación de la actividad ejecutiva de la preparatoria a través de las interpretaciones que se desprenden del articulado de los textos legales, los cuales hablan de un principio de ejecución que da existencia jurídica al mínimo de ilicitud penal.

Tales interpretaciones son posibles desde dos puntos de vista; a) tesis de la fundamentación subjetiva y b) tesis de la fundamentación objetiva, las que pasamos a exponer sucintamente.

Criterio subjetivo:

1) Teoría de la Univocidad.

Es una de las teorías más antiguas.

Los autores seguidores de este criterio recurren a la subjetividad para decidir sobre la licitud o punibilidad de determinado actor. Consideran que la sola actividad desplegada por el agente es incapaz de revelar el comienzo de ejecución que distingue a la tentativa; basta para ello



la escudriñar sobre su verdadera intención, basta determi -  
nar los actos unívocos que por sí solos revelan la inten -  
ción criminal del agente. En efecto, el propio Carrara, -  
(seguido de los penalistas Resignani, Benevolo y Allegra) a -  
firma que la distinción de los actos preparatorios de los -  
de ejecución radica en la univocidad, la cual comprende e -  
implica la valoración del acto, de todas sus circunstancias  
y condiciones que conlleva, incluyendo la personalidad del  
sujeto. Carrara -quien posteriormente desechó esta teoría-,  
manifiesta que "el primer carácter que es indispensable bus -  
car en los actos exteriores que se quieren imputar como ten -  
tativa, es que tienden unívocamente al delito". "Mientras  
que el acto exterior sea de tal naturaleza que pueda condu -  
cir, sea al delito, sea a una acción inocente, tendremos -  
tan solo un acto preparatorio que no puede imputarse como -  
tentativa" (90).

Esta teoría ha sido acremente criticada en el sen -  
tido de que no presenta soluciones lógicas en ciertos casos  
concretos por su manifiesta falibilidad. Ello porque según  
la tesis carrariana la voluntad es el único dato para la de -  
limitación, la cual es insostenible por su unilateralidad,  
pues constituye un peligro para el desarrollo de la ciencia  
penal. A ésta no sólo le interesa la voluntad del sujeto, -  
sino la conducta desarrollada por el agente, los medios uti

---

(90) Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Cri -  
minal, Parte General, Edit. de Palma, Buenos Aires, -  
1948, pág. 358.

lizados para ejecutar el propósito criminoso, las concausas pre-existentes y concomitantes, previstas o imprevistas, - que dan nacimiento al hecho concreto realizado por el actor; es decir, para ubicar el hecho criminoso no solamente basta la intención, es menester el auxilio de todas aquellas circunstancias que han concurrido en él.

Si se inculparan los actos preparatorios cuando el propósito criminoso se desprendiere del criterio de la univocidad, sin el apoyo de las demás circunstancias que conforman el hecho, significaría ubicar la esencia del ilícito en el pensamiento, penando la voluntad de delinquir, cuando en estricto derecho lo que más bien debería punirse es el hecho violatorio de un bien jurídico tutelado.

Para una mejor ilustración vamos a dar ejemplo. - Un fabricante de monedas falsas posee todo el material necesario para ejecutar tales operaciones ilícitas, pero atraviesa por dificultades debido a la falta del metal apropiado. En este caso es indudable que posee una conducta unívoca, pero también es innegable que tal actitud no constituye un acto ejecutivo, pues para punirla bastaría un acto de ejecución, que no existe en el presente caso.

En realidad, la tesis de la univocidad sólo puede aceptarse en parte, desde un punto de vista subjetivo; razón por la cual la hace bastante incierta y carente de fundamento científico.

Criterios objetivos: Para establecer la relación existente

entre las actividades preparatorias y las ejecutivas se parte de ciertos puntos de vista objetivos, de los cuales, exponremos los que consideramos más importantes.

2) Mayor o menor proximidad a la consumación.

El criterio delimitativo se funda en la sucesión cronológica del actuar ilícito: los actos ejecutivos se a - cercan más a la consumación que los actos preparatorios. Es ta posición, aceptada por los glosadores romanos, fué más - tarde combatida y desechada por carecer de un criterio firme y convincente. Ello porque la mayor o menor proximidad de los actos hacia la consumación es de naturaleza relativa, ya que en algunos casos un acto preparatorio muy bien podría lindar, incluso, hasta con los actos consumativos del delito. Además, habría que indagar por qué ciertos actos son considerados remotos o próximos en las circunstancias del proceso de generación tendente a la consumación, lo cual significa caer en un círculo intrascendente y vicioso, debido a la re latividad del principio de ejecución, conforme dijimos en - líneas precedentes.

3) Ataque a la esfera jurídica de la víctima:

Carrara, desechando su teoría de la univocidad, - por considerarla falaz y carente de asidero científico, expuso en sus últimas obras una nueva tesis con el fin mani - fiesto de suplantar la anterior, en el sentido de que el - punto de limitativo entre los actos ejecutivos, preparato - rios y consumativos, radica en el sujeto del delito. "Son



actos preparatorios -manifiesta- aquellos que se consuman - sobre el sujeto activo del delito, sea primario o secunda - rio, sin que su acción alcance el sujeto pasivo del delito, sea del atentado, sea de la consumación", "En tanto que, - "son actos ejecutivos los que resacaen sobre el sujeto pasivo del atentado, sin llevar su acción sobre el sujeto pasivo - de la consumación". "Sujeto pasivo del atentado son todas las cosas o personas sobre las que se expresa un derecho de tercero; pero no aquel derecho que debe formar el objetivo del delito cuando alcance su perfección", (lo subrayado es nuestro) (91). Por ejemplo, Pedro se arma de un puñal (actos preparatorios) para atacar a Juan, quien es su enemigo; entra en la residencia de éste violando una puerta (actos - ejecutivos), luego asesta puñaladas sobre el cuerpo de Juan causándole heridas (actos consumativos). El primer caso es un acto preparatorio, porque Pedro se armó de un puñal (sujeto activo) pero sin alcanzar a Juan (sujeto pasivo). El se gundo, es un acto ejecutivo, porque se violó la puerta de la residencia (sujeto pasivo del atentado); el último, constituye un acto de consumación porque existe una agresión a Juan (sujeto pasivo de la consumación). De lo anterior resulta entonces que cuando la acción no sale de la esfera del sujeto activo, se tratará de actos preparatorios, en tanto que

---

(91) Carrara, Conforme Araújo, Op. cit. pág. 108.

cuando pasa el sujeto pasivo el atentado, sin llegar al de la consumación, estaremos ante un acto de ejecución.

Esta teoría mereció severas críticas en el sentido de que cuando se quiere saber si ha habido actos de ejecución es necesario observar la correlación existente entre la acción y la norma penal que se trata de violar, y no el Derecho o la existencia de la víctima escogida.

Lo débil de la teoría queda demostrado con el siguiente ejemplo: el robo de un puñal de propiedad de la víctima que se desea asesinar vendría a ser un acto ejecutivo en relación al propósito homicida y no un acto preparatorio por recaer sobre el sujeto pasivo del atentado (el puñal) propiedad del sujeto pasivo de la consumación (la víctima), cuando, por el contrario, se trata de un típico acto preparatorio, pues el solo hecho del robo de un puñal no significa que el sujeto tenía intenciones homicidas, por razón de la carencia de un principio de ejecución claramente evidenciado.

Otra flaqueza de la teoría, que estamos comentando, radica en que sólo tiene cabida en ciertos delitos, es de una inutilidad manifiesta en aquellos, como el falso testimonio, la difamación, la injuria, las amenazas, etc., carentes de objetividad material, en los que se castiga el pensamiento como si fuese delito consumado y no como circunstancias que dan acceso a la iniciación del "iter criminis".

4) Lesión del bien jurídico protegido o doctrina



de Max E. Mayer.

Para los efectos de la delimitación objetiva de los actos ejecutivos y preparatorios, también se ha esgrimido la tesis de la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento legal, en el sentido de que esta concepción nos permite observar si la conducta ejecutada por el delincuente ha traspuesto las barreras del ilícito penal. O sea que existen actos preparatorios, cuando tales actos no se oponen a la voluntad de la norma penal, no importando una agresión al bien jurídico protegido ni subjetiva como objetivamente. En tanto que existe el acto ejecutivo, cuando el agente por medio de su acción dolosa comienza la agresión del derecho, con completo conocimiento del hecho criminal y del sujeto sobre el que debe ejecutarse o consumarse.

A simple vista, la distinción parte del supuesto de que "acciones de ejecución son aquellas que atacan al bien jurídico; la primera acción que lleve en sí un ataque es el principio de ejecución..... el bien jurídico só lo es hostilizado por el hecho a partir del comienzo del ataque" (92).

Esta teoría, también resulta débil, por el hecho de que estaría a merced de la discrecionalidad del Juzgador su interpretación y la fijación de límites. Es más, cae en

---

(92) Mayer, Max. E., conforme Frías Caballero. "El Proceso Ejecutivo del Delito, Buenos Aires, 1956, página - 180.

un círculo vicioso, ya que la violación de la norma penal comienza con el acto ejecutivo, y éste a su vez, comenza - ría con la agresión al ordenamiento jurídico. Uno de los más serios reparos que se le hacen a esta doctrina, consis - te en la dificultad de precisar cuando empieza la lesión - del bien jurídico.

5) Juicio de Adecuación de los Actos:

Otros penalistas estiman que no es suficiente pa - ra la efectividad penal que el agente confiese su propósi - to de ejecutar el ilícito, es imprescindible para que el - comienzo de ejecución sea punible que sus actos sean ade - cuados para cometer el delito, es preciso que la voluntad se concrete a realizar el resultado deseado, urge la capa - cidad indispensable para lograrlo. Todos los actos encami - nados al delito deben estar dotados de una eficacia causal, adecuada para lograr el propósito criminal. Ello en vir - tud de que es imposible concebir la ejecución de un delito sino a través de una acción idónea y apropiada, y con las suficientes propiedades para producirlo. Nuestro Código Pe - nal al igual que muchas legislaciones, participa de este - criterio, pues dispone que una acción es punible cuando sus manifestaciones son precedidas de actos apropiados (Art. 61, C.P.F.).

Pero esta tesis también presenta ciertas dudas, - pues urge especificar con qué fundamentos se reviste la con - dición de adecuación para la consumación del propósito cri-

minal, poniendo de relieve qué actos deben ser tomados como adecuados; se requiere, además, la acumulación de elementos de juicio que determinen la posibilidad de que los actos ejecutados, por la conducta alcancen el fin perseguido. Estos juicios se fundan sobre consideraciones abstractas, donde intervienen necesariamente las apreciaciones del Juzgador, dando pábulo a divagaciones y discusiones retóricas, - siendo difícil aplicar los juicios de adecuación a la realidad de un caso concreto.

Por las razones anteriores, es de una imposibilidad, según los escritores, la determinación rigurosa del concepto de adecuación ya que, de por sí, es relativo, y es dificultoso encuadrarlo en una norma legal que la explique con toda la precisión requerida.

#### 6) Teoría del delito tipo;

Beling, profesor de la Universidad de Munich, el máximo exponente de esta teoría, considera que el deslinde entre los actos preparatorios y ejecutivos es posible recurriendo al tipo especial que describe la máxima objetividad de una conducta antijurídica en los casos considerados individualmente.

De igual parecer son los penalistas alemanes Mezger, Mayer, Hippel, etc.; entre los expositores de habla castellana tenemos a Jiménez de Azúa para quien esta delimitación objetiva formal es la guía más segura para encontrar el deslinde entre los actos objeto de este estudio;

preparatorios-ejecutivos, ya que según su entender surge ob  
jetivamente en cada caso concreto del contenido de cada ti-  
po penal.

Beling considera que aquellos delitos no indepen-  
dientes, como la tentativa, están orientados por un tipo -  
rector de delito, que determina sus caracteres esenciales,  
como la realización de un comienzo de ejecución, etc. o el  
dolo dirigido a la ejecución del ilícito. Esas formas de  
aparición del delito (tentativa, comienzo de ejecución, in-  
ducción, complicidad, etc.) están necesariamente referidas  
a un Talbestand legal (tipo rector-arquetipo) sin el cual  
no tendrían existencia en el ámbito del Derecho (93). Par-  
tiendo de un tipo rector es posible la subsunción de los ca  
sos reales en un delito específico. Es decir, si se con -  
frontan los actos concretos suscitados en la vida real y no  
encajan en un tipo de delito esa conducta desplegada no aca  
rrea punición alguna.

De modo que, para determinar si un hecho es ilíci  
to es necesario la observancia de los elementos esenciales  
de un delito específico, para luego ubicar la manera de pro  
ceder de determinada conducta en un tipo legal. Si esa con  
ducta no ha realizado esos elementos esenciales del tipo rec-

---

(93) Beling, Ernesto. El Rector de los tipos de delitos.  
Trad. y notas de L. Priero Castro y L. Aguirre Cárde-  
nas, 1ª Edic. Reus, S.A. Madrid, Bibl. Gral. de Le-  
gislación y Jurisprudencia, Volumen LXV. pág. 12.

tor de delito no puede considerarse criminosa y punible.

Para tales efectos Beling establece una separación entre el tipo y la especie delictiva, propugnando a su vez que la concepción del tipo penal cumple una función rectora que informa y preside la existencia de cada especie delictiva; esta última constituida por una serie de elementos de naturaleza externa y objetiva y otros de naturaleza subjetiva.

El carácter de accesoriedad que distingue la tentativa se ve necesariamente vinculada a una figura delictiva autónoma. De modo que el delito tipo es representado en la figura jurídica de la tentativa por un comienzo de ejecución, constituido por todos aquellos actos que impliquen un comenzar a matar, a robar, etc. de manera tal, que todos los actos precedentes pertenecen a la esfera de los actos preparatorios o sea la zona periférica. "Hay comienzo de ejecución -dice Jiménez de Azúa- cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, viéndose precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz, cuando la práctica lo exige" (94).

La anterior opinión -según ciertos autores- adopta un carácter ecléctico y al parecer no es muy convincente.

---

(94) Jiménez de Azúa. Op. cit. pág. 591, 601.

te, pues no esclarece ni da respuesta satisfactoria a la interrogante de cuándo empieza la acción típica, porque resulta difícil determinar la conducta que debe ejecutar el delito, ya que por la imposibilidad de ser individualizada por la ley, se dan casos en que ciertos delitos como el homicidio pueden ejecutarse de diversas formas.

Para reafirmar la teoría en estudio proponen los autores que ante un hecho concreto el jurista debe exami - nar el catálogo de los delitos, a fin de indagar si el acto verificado corresponde objetivamente al tipo recto<sup>a</sup>. De esta suerte -expresa Beling- el Talbestand legal muéstrase como el concepto troncal jurídico-penal del cual irradian la totalidad de los restantes conceptos jurídico-penales, en el sentido de que sin él no pueden suministrar ningún - resultado concreto y definitivo (95).

La teoría del delito tipo es una de las que cuenta con mayores seguidores. Sin embargo, ha sido objeto de reparos por su incapacidad de responder con seguridad a la interrogante de ¿cuándo propiamente se puede determinar - que el sujeto ha empezado a matar?

La gama delictual es tan varia que los actos que inciden en su ejecución adquieren diversos matices, por ello adviértense ciertos criterios discrepantes que la teoría del tipo no aporta soluciones satisfactorias, pues, siem -

---

(95) Beling. op. cit. pág. 18 y 19



pre surgirá la duda con respecto a las conductas que penetran en el núcleo y en la zona periférica o sean los actos precedentes al comienzo de ejecución.

Ante esos reparos, Beling adiciona su teoría con los denominados "complementos de la acción", que son de tres clases;

a) la acción se complementa por la sola fuerza natural; b) por la conducta de un tercero inocente; c) por el propio autor o por un tercer culpable.

En los dos primeros casos el hecho delictivo se empieza a ejecutar desde que se inicia la cadena casual. En el tercer caso estamos ante meros actos preparatorios. (96).

Los reparos originales aún perviven con la adición de los complementos de la acción, pues con certeza, tampoco se puede determinar cuándo esos complementos son objetivos y cuándo son preparatorios.

#### 7) Otras Posturas:

a) - Renombrados juristas como Scarano, del Rosal y otros sostienen que la delimitación es difícil y que sólo es factible con la intervención del prudente arbitrio judicial. El juzgador debe proceder caso por caso. "Sin duda alguna -ha dicho del Rosal- es problema a dilucidar por el arbitrio judicial. Sólo en cada caso se nos podrá decir

---

(96) Puig Peña. op. cit. págs. 545 y 546.



una vez fijado el estudio del hecho y de su relieve primitivo, cuando se está ante una acción ejecutiva o preparatoria. La inspiración de esta medida no puede provenir de otra planicie que la estatuida en los tipos penales, entendidos formal y materialmente" (97).

b) - Castori, Champcomunal y Petrocelli (98) estiman que la delimitación debe hacerse con un criterio jurídico.

Admiten que la delimitación se podrá proclamar a través de una razonable interpretación de las normas, que - si bien es cierto que ante complejas situaciones son sumamente imprecisas e incluso hasta pueden claudicar, no menos es cierto que esas imprecisiones de la ley no se pueden superar negando lo que afirma, sino más bien se debe recurrir a principios que den luz a sus obscuridades, o que en el momento dado hagan factible su aplicación en los casos concretos.

#### IV. CONSIDERACIONES GENERALES:

a) En relación con el límite mínimo de la tentativa. Participando del criterio de renombrados autores, - ubicamos el mínimo de la ilicitud penal en el inicio de un principio de ejecución manifestado exteriormente, el cual -

---

(97) Del Rosal. Op. cit. pág. 102.

(98) Petrocelli. Op. cit. pág. 4-6.

hace relación con un caso concreto al que se dirige el a -  
gente con propósitos criminales y punibles y linda con los  
actos preparatorios que se relacionan con el delito. Es -  
tos quedan fuera de su órbita y declarados impunes, por re  
gla general.

Esta opinión es dominante en la doctrina.

En efecto, Carrara, es partidario de que el límite  
mínimo de la tentativa "requiere un principio de ejecución  
del delito, que no puede darse sin un acto externo de  
la clase de aquellos que, por la naturaleza del hecho, repre  
sentan un momento físico de la acción criminosa (99).

Ahora bien, el principio de ejecución que entraña  
una agresión directa del bien tutelado por la ley, necesari  
amente implica que los actos realizados por el delinte -  
cuento observen una relación directa con la acción producto  
ra del resultado delictivo.

Sin embargo, es sumamente difícil establecer cuál  
es el acto específico que da origen a la actividad delictuosa  
sa, cuándo comienza la acción típica. Este es el nudo gordiano  
que la doctrina ha pretendido desatar. Los criterios  
expuestos por los autores podrán resolver determinados casos  
sos, pero son deficientes para los casos generales. Actual  
mente no existe un criterio universalmente aceptado.

No obstante, gran número de autores responden a -

---

(99) Carrara. Programa..... pág. 7.

las interrogantes del párrafo anterior esgrimiendo la teoría objetiva del peligro: el acto originador de la actividad ilícita es aquél que implica un peligro para los valores, bienes e intereses protegidos por la ley.

Es decir, se sancionará la tentativa cuando se concreta en una acción racionalmente peligrosa. Fieles seguidores de esta corriente son los penalistas Carrara, Von Liszt, Hippel, Mezger, Raineri, Pennain, Bettiol y muchos otros.

Resumiendo, el límite mínimo de la tentativa principia con el acto de ejecución que por su naturaleza pone en peligro el bien jurídico.

b) En relación con la delimitación. Resulta difícil establecer una nítida delimitación de los actos ejecutivos y los actos preparatorios, ya que dada la dificultad en saber cuándo hay un acto ejecutivo que pueda dar origen a la tentativa y cuándo hay acto preparatorio, no disponen las legislaciones de una norma o fórmula legal que los delimite. Hemos expresado que la doctrina se ha ocupado de este problema y se han expuesto las teorías formuladas. Hasta ahora los autores discrepan. No existe un criterio con unánime aceptación.

Las legislaciones sólo tipifican ciertas acciones previstas expresamente en el texto, encuadrando las demás acciones criminosas por medio de la institución de tipos, categorías o clases. Y ante la imposibilidad de con-



seguir una delimitación clara y precisa del actuar ilícito mediante una fórmula legal, algunos consideran que tal criterio es una cuestión de hecho que debe ser relegada a los tribunales, en el sentido de que el juzgador sea el que diga en determinado caso, cuándo se da un acto ejecutivo o la tentativa, o cuándo se está ante un acto exento de sanción legal. No obstante, los que combaten esta posición afirman que aceptarla nos llevaría a un casuismo que lindaría con la arbitrariedad y los privilegios que se pudieran otorgar por el juzgador, sea ya consciente o inconscientemente, lo cual redundaría en desmedro del sistema legal positivo y de la dogmática jurídica.

Otros opinan que aceptar el deslinde con un criterio subjetivo sería negar las barreras que separan los ac-tos no punibles de los punibles. En otros términos, los ac-tos preparatorios y los ejecutivos se confundirían, con lo cual delimitación carecería de importancia práctica, identificándose el principio de ejecución con la exteriorización de un simple propósito, sancionando a los presuntos delin-cuentes no por sus obras, sino, por la sola manifestación del pensamiento. Su peligrosidad es manifiesta por la imposibilidad de internarse, únicamente, en el claustro mental del sujeto para valorar las acciones criminales e imponer, después, una sanción.

Somos de opinión que la delimitación quizás pueda ser viable, menos imprecisa y oscura, si adoptamos un

criterio objetivo, con lo cual es necesario que todo lo subjetivo sea objeto de examen inmediatamente a la comproba-ción del acto antijurídico. Los tribunales al valorar las características objetivas de la conducta no pueden substraer se de las apreciaciones que les dicta el sentido común

Sin embargo, el deslinde no lo podemos alcanzar - desde un punto de vista eminentemente objetivo, partiendo - de los estrictos moldes del tipo penal; debe tomarse en - cuenta una serie de factores en relación con la naturaleza concreta del ilícito, (100), iniciado por un principio de ejecución que por sí mismo significa un factor físico delicti-vo. De allí que el fundamento básico de la tentativa es la acción típica ejecutada por el agente que lleva a cabo una parte de la conducta descrita en el precepto jurídico penal sometido al poder discrecional del juzgador para su examen, cuya función será interpretativa.

En fin las teorías expuestas no son capaces de resolver todas las dificultades. Cada una de ellas podrá re-

---

(100) Lógicamente el Tribunal Supremo español no ha seguido una doctrina uniforme sobre el deslinde. Al principio estableció la univocidad, posteriormente aplicó copiosamente el método de Beling. En repetidas - resoluciones el T. Supremo ha declarado que para apreciar en cada delito si se ha dado comienzo o no a la ejecución por actos exteriores, es preciso tener en cuenta su índole, así como la manera propia de reali-zarlo, para no confundir aquéllos con los actos realmente indiferentes, ni con los que sólo constituyen simple proposición del delito (véase sentencia de 22 de Nov. de 1877). No cabe duda que la labor interpretativa del juzgador ocupa un papel relevante para establecer la delimitación.

resolver algunas, pero no suministran un criterio general aceptable para todas, por ello, necesariamente se ven obligadas a remitirse en último término al prudente arbitrio del juzgador para encontrar soluciones a las restantes dificultades (101), pues en definitiva, la delimitación del principio de ejecución es un problema de interpretación de la ley. Esa función interpretativa que realizará el juzgador, por su complejidad, le hará acreedor de cierta autonomía que no se podrá eludir.

---

(101) Cerezo Mir, José. Lo objetivo y lo subjetivo de la Tentativa. Valladolid 1964, Gráficas Andrés Martín, S. A., Juan Membrilla 9, pág. 17.



## C A P I T U L O V.

---

### LA TENTATIVA INIDONEA O EL DELITO IMPOSIBLE

- I. Consideraciones Previas.
- II. La Inidoneidad de la Tentativa o el Delito Imposible en la Doctrina.
  - 1º. La doctrina clásica o carrariana.
  - 2º. Teoría Subjetivista.
    - Críticas.
  - 3º. Doctrina Mixta o Intermedia.
    - Críticas.
  - 4º. La Teoría de Garófalo o la Concepción Sintomá - tica.
    - Reparos.
- III. La Punibilidad del Delito Imposible en la Legisla - ción Comparada.
  - a) En América.
  - b) En Europa (Suiza, Alemania, Polonia, Grecia, Hungría, Francia, Italia y España).



## C A P I T U L O V.

---

### LA TENTATIVA INIDONEA O EL DELITO IMPOSIBLE

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Se ha dicho en párrafos anteriores que la tentativa es una acción peligrosa y en consecuencia debe ser - adecuada o idónea. Pues ambos términos están íntimamente correlacionados. La puesta en peligro del bien jurídicamente protegido no se puede concebir si los actos que imprimen tal carácter no revisten las condiciones de idoneidad o adecuación. En otras palabras, idoneidad y peligro "forman una ecuación que aparece claramente en relación - con el bien tutelado, son conceptos íntimamente unidos, - la idoneidad es la expresión del peligro y éste no se concibe siquiera sin aquélla. De la exigencia del peligro - surge la necesidad de que sea requerida la idoneidad de - la acción" (102).

Ahondando sobre el tema, Petrocelli, siguiendo los dictados de la doctrina dominante ha expresado que - "en la idoneidad de los actos está insisto el peligro; - cumplir actos idóneos significa cumplir actos en los cua-

---

(102) Núñez Barbero, Ruperto. El Delito Imposible. Salamanca 1963, Derecho, Tomo V, núm. 1 pág. 10.

les existe la probabilidad o la relevante posibilidad, y - por eso el peligro, del resultado" "Un acto que no produce peligro no intenta, en sustancia efectivamente nada" - (103).

Ahora bien, si esa idoneidad falta y por supuesto la idea del peligro de la consumación del delito, algunos autores hablan de la tentativa inidónea, o también de la tentativa imposible, o más concretamente del delito imposible, cuando se producen ciertos supuestos. Este último término, siguiendo a otros, lo consideramos más adecuado, pues si el delito imposible es irrealizable, resulta impropio e incongruente hablar de tentativa, que necesariamente implica un comienzo de ejecución. Jamás podemos hablar de un comienzo de ejecución de un acto imposible, que no puede empezarse ni terminarse.

Consideramos apropiado, con ciertas reservas, admitir la tentativa cuando ésta surge de los casos de inidoneidad relativa o insuficiencia de los medios. Pues si es esta figura, surgiese por actos de imposibilidad absoluta, - estaríamos abocados a violentar la concepción de la tentativa, y se crearía así un monstruo conceptual. Por cuanto que, es de la esencia de la tentativa no sólo la voluntad dirigida a la comisión de un delito, sino también su realización parcial por medio de hechos externos. Los actos de

---

(103) Petrocelli. Op. cit, pág. 29 y 25, respectivamente.

imposibilidad absoluta jamás pueden coincidir con el comienzo de ejecución del delito. Ambos términos son excluyentes. Por lo tanto los actos de inidoneidad absoluta no deben tener relación alguna con la comisión de la tentativa.

En cambio, es conceptualmente apropiado reservar al delito imposible la imposibilidad de la consumación delictiva por la absoluta inidoneidad de los medios puestos en práctica por el agente, y por la inexistencia del objeto material; pues en estos supuestos no se puede poner en duda la imposibilidad delictiva.

No obstante, para los fines de este aparte, y efectuada la aclaración anterior, en las líneas que siguen nos referiremos a la tentativa inidónea, a la tentativa imposible y al delito imposible, como si fuesen una misma figura, tal como la aceptan ciertos autores, con idéntica significación.

El Delito Imposible regulado en la Parte General de ciertos códigos extranjeros, acontece cuando emergen las siguientes hipótesis:

a) Falta de idoneidad en los medios, b) Falta de idoneidad en el sujeto pasivo, y c) que no exista el sujeto pasivo.

Es decir, que la tentativa inidónea o el delito imposible existe cuando la imposibilidad de consumación delictiva radica en el medio empleado, o en la inidoneidad del sujeto pasivo, o en la inexistencia del objeto material.

Los códigos extranjeros aceptan en la configuración de la figura jurídica algunos o todos los supuestos referidos, conforme señalaremos en líneas posteriores.

## II. EL DELITO IMPOSIBLE O LA INIDONEIDAD DE LA TENTATIVA - EN LA DOCTRINA.

Entre las más importantes de las doctrinas sobre la punibilidad de la tentativa imposible, se destacan las siguientes:

1º) La Doctrina Clásica o carrariana. Llamada también doctrina objetiva.

La Doctrina Clásica construye la punibilidad de la tentativa imposible en el "pericolo corso" o en el peligro corrido por la víctima. Veámos.

La intención (elemento subjetivo) y el daño (elemento objetivo) son los elementos integrantes del delito. No cabe duda que en la figura objeto de estudio existe la intención, pero el daño no se concretiza. No obstante, Carrara, el más brillante expositor de la teoría, sustituye el daño por el periculo corso. Según haya o no peligro, será punible o no la tentativa inidónea (104).

El peligro de la consumación del delito, es básico para la punibilidad de la tentativa; su inexistencia -

---

(104) Garcilópez, Adolfo de Miguel. Derecho Penal, Parte General, 1ª Edición, Inst. Edit. Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Preciados, 23 y 6, Puerta del Sol, 12, Madrid, 1940, pág. 124.

determina la imposibilidad delictiva.

Sin la existencia del elemento objetivo, que para la teoría carrariana -repetimos- consiste en el peligro - para los bienes jurídicos protegidos no es posible hablar de tentativa. Este peligro debe ser real y efectivo, razón por la cual el concepto de tentativa envuelve el de idoneidad. Si la acción no es peligrosa, o no es adecuada o idónea no habrá tentativa punible. En otras palabras, todo delito imposible, con carencia del elemento objetivo, no podrá ser sancionado conforme al pensamiento carrariano.

## 2) Teoría Subjetivista.

Von Buri, máximo representante de la doctrina subjetiva, emprende una reacción violenta contra la concepción clásica. Según ella, el pericolo corso no es más - que una mera abstracción, razón por la cual es necesario obtener un elemento más firme y contundente para la determinación de la punibilidad. La tentativa por ser una manifestación de la voluntad debe ser siempre castigada - cualquiera que sea el medio empleado, idóneo o inidóneo, bien haya o no existido imposibilidad en el sujeto pasivo, pues en todo caso se revela una intención criminal; por - otra parte, si el acto fuese verdaderamente idóneo, se - realizaría un delito consumado y no un delito intentado; de donde se infiere que toda tentativa es por definición inidónea.

Los fundamentos de esta teoría consiste en la ne-



cesidad de castigar toda actuación de la voluntad delictiva, aunque esa actuación desde el punto de vista objetivo no sea considerada realmente peligrosa. Según ella, la tentativa es punible porque implica una manifestación de la voluntad dirigida a la comisión de un delito con prescindencia de la noción de peligro, pues ésta necesariamente implica una relación de causalidad entre la acción y el resultado, que no existe en la tentativa.

Otro de sus fundamentos consiste en la negación de la realización parcial de la figura delictiva, considerando irrelevante o sin importancia el comienzo de ejecución, pues la punibilidad de la tentativa debe deducirse de los fundamentos internos, ya que en la tentativa la voluntad criminal es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal, por cuanto que la acción que no ha conducido al resultado es porque ha sido absolutamente incapaz para producirlo.

#### Crítica a la teoría subjetiva:

Esta teoría subjetiva ha merecido por los autores una serie de críticas. Se destacan las siguientes:

- a) - Por cuanto que al desechar la idea del estado objetivo del peligro o del pericolo corso, le está negando a la tentativa la base sustentatoria de su incriminación. Pues, la esencia de la tentativa radica, precisamente, en la puesta en peligro del bien tutelado,
- b) - La teoría al no reconocer valor jurídico al comienzo

de ejecución, parece ignorar que un delito puede estar comenzado y no terminado. El derecho no sólo sanciona la consumación, sino también la puesta en peligro del bien protegido.

c) - Según sus presupuestos, no es una teoría de la casualidad, sino de la culpabilidad. La punibilidad de la tentativa no se fundamentaría en el peligro corrido de Carrara, ni en la causa, ni en la condición, sino, simplemente se castigará la intención cuando no acontezca el resultado. "No se da valor causal a lo que es causal del hecho, sino a lo que el agente toma como causal....., se acude exclusivamente a la valoración del elemento interno" (105).

Como consecuencia de esta particularidad, esta teoría, incluso, penaría al que intenta envenenar y suministra azúcar en vez de arsénico, al individuo que se cree legítimamente casado y contrae segundas nupcias, aun no existiendo la primera; al que introduce un puñal en el cuerpo de un muerto; al que roba cosa de su propiedad; a la que ingiere abortivos creyéndose encinta, etc.

d) - La teoría subjetiva prescinde de la material violación del orden jurídico, olvidando el problema de la tradicional concepción de la antijuricidad, puesto que el fundamento de la punibilidad lo radica en la voluntad de-

---

(105) Núñez Barbero. op. cit. pág. 64.

lictiva.

3) Doctrina Mixta o Intermedia:

Como quiera que, inevitablemente, surgen ciertas dificultades de aplicación en las doctrinas extremas, la clásica y la subjetiva, ciertos autores, han postulado una doctrina mixta en la que tratan de reunir características objetivas y subjetivas para delimitar la tentativa punible. Para tal efecto, distinguen dos grados en los actos inadecuados o inidóneos de la tentativa; el absoluto y el relativo. Reservando para los primeros la impunidad.

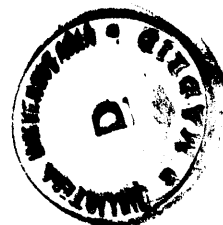
La doctrina clásica aboga por la ilicitud de los actos que son ineptos para producir el resultado; en cambio, esta doctrina mixta no se detiene en esta posición, más bien, propugna la necesidad de determinar la intensidad de la manifestación de esos actos, que, en caso de no ser absoluta, es posible que conlleve una sanción.

Hoy en día, la doctrina contemporánea parte de esta concepción mixta para fundar la adecuación de los actos de la tentativa. Numerosos autores son partidarios de la concepción, entre ellos, Saltelli y Romano de Falco, Heller, Manzini, Mezger, Maggiore, Cicala, etc. Los orígenes de la misma parten con Feuerbach y Romagnosi. Mittermaier, Carmignani y Carrara la han expuesto en sus obras (106).

Tradicionalmente esta doctrina ha hecho la distin-

---

(106) Araújo, Op. cit. pág. 155.





ción entre inidoneidad de los medios e inidoneidad del objeto; tanto una como la otra se subdividen en absoluta y relativa. Otros autores, hablan de imposibilidad absoluta y relativa en relación con el medio empleado y el objeto; otros como Manzini, hablan de la inidoneidad absoluta y la insuficiencia de los medios. Pero en definitiva, es lo mismo, pues, coinciden substancialmente. Sólo se operan cambios de adjetivos.

Para esta teoría se consideran casos de tentativa por imposibilidad absoluta, en relación con el medio empleado, los siguientes;

"el suministro, por una persona a otra, de una dosis de azúcar creyendo que es arsénico; el disparo con un arma descargada o a distancia inverosímil; el tratar de producir la muerte mediante conjuros o prácticas supersticiosas; el suministro de una hierba inocua tomándola por auténtico abortivo; el de quien intenta matar con un escarbadientes, etc".

Casos de tentativa por imposibilidad absoluta, en relación con el objeto, serán;

"el de quien dispara contra una sombra, contra un maniquí o contra un cadáver, tomándolos por un hombre vivo; el de quien trata de hacer abortar a una mujer que no está embarazada; el de quien hurta la cosa propia tomándola por ajena, etc".

En estos casos de inidoneidad absoluta, realmente no se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, luego no cabría sanción penal alguna, por la imposibilidad absoluta de la ejecución del delito. Pero sí la aplicación de medidas de seguridad tal como lo propugnan las legislaciones modernas.

Casos de tentativa por imposibilidad relativa, en relación con el medio empleado, entre otros, se destacan los siguientes:

"suministro de una dosis insuficiente de veneno; el intento de forzar una cerradura con una gan - zúa, aunque en el caso concreto no se consiga el resultado porque la cerradura sea muy sólida para aquella ganzúa; el disparo de fusil a mayor distancia de la que alcanza el arma, etc."

En relación al objeto, serían;

"el disparo contra el hecho de quien anteriormente lo ha abandonado, o contra quien está protegido por un chaleco a prueba de balas, o viaja en automóvil blindado; el de quien trata de apoderarse del contenido de una caja fuerte vacía, o de aquel de un cepillo de limosnas igualmente vacío, etc". (107).

En la inidoneidad relativa, por existir el perí

---

(107) Núñez Barbero, op. cit, pág. 9

colo corso, cabe la sanción penal.

Un ligero examen a los ejemplos citados, nos llevará a la conclusión de que surge la imposibilidad absoluta cuando, por ley natural, la realización del resultado propuesto, se imposibilita por el empleo de los medios adoptados, o por el objeto sobre el cual actuaban esos medios.

La imposibilidad relativa se verifica cuando los medios empleados o el objeto tenían en sí mismos una inidoneidad general para la producción del resultado; pero - en virtud de circunstancias particulares no tenían la virtud suficiente para originarlo en un caso determinado. (108).

Ciertos autores, como Mittermaier, hacen distinciones entre el objeto y el medio de la acción y, en su ámbito, el objeto y medios inidóneos, abstracta y relativamente. Se realiza la tentativa absolutamente inidónea, cuando el agente, o por el objeto de la agresión, no puede en modo alguno conseguir su objetivo. Existe, por el contrario, tentativa relativamente inidónea, cuando solamente las condiciones en las cuales se ha desenvuelto el acto habrían impedido el resultado. Ejem. el caso de la puñalada a quien está provisto de coraza (109)

---

(108) Gargilópez, op. cit. pág. 124

(109) Mittermaier. Der Versuch des Verbrechen, Gesetz saal, 1859, pág. 404 y siguientes. Citado por Núñez Barbero, Op. cit. pág. 83.



Crítica a la doctrina intermedia.

La doctrina intermedia o mixta no ha dejado de merecer severas críticas. Prestigiosos autores han llegado a la conclusión de que el concepto de idoneidad es fundamentalmente relativo, por ello califican de imprecisa una distinción entre la imposibilidad absoluta y relativa. Sentar una exacta demarcación entre las mismas es de una dificultad extrema, que la hace impracticable de manera general.

La consideración de los medios empleados en la tentativa es siempre relativa, razón por la cual no se puede admitir la inidoneidad o la imposibilidad absoluta.

"Un medio abstractamente inidóneo, puede ser idóneo en concreto y viceversa" ha dicho Núñez Barbero si -guiendo a otros autores.

Existen casos considerados de imposibilidad absoluta, que pueden suponer conductas, en las cuales el caso concreto dan lugar a un verdadero peligro de consumación. Por ejemplo, una dosis de ázúcar, que es un medio inidóneo para matar, puede ocasionar la muerte a un diabético, si se le suministra regularmente. El disparo de un fusil previamente cargado, que supone el empleo de un medio en sí idóneo, se convierte en inidóneo si es hecho a mayor distancia de la que alcanza el arma. Como también, puede acontecer que el empleo de un revólver descargado, que es medio inidóneo, puede producir la muerte a una -

persona impresionable o que padezca del corazón. Un mondadientes puede ocasionar la muerte si se introduce en de terminada parte del cráneo desprovista de hueso etc.

Por otra parte, casos considerados de imposibilidad relativa no pueden estimarse que, en el caso concreto, exista la posibilidad del peligro de la consumación. Ejemplos, disparar contra el pecho de una persona provista de chaleco a prueba de balas. Disparar contra aquél que viaja en un carro blindado, etc. En estos casos, no puede hablarse de que ha existido un verdadero peligro de consumación (110).

Por las razones anteriores, cabe concluir que el concepto del "pericolo corso" brillantemente sostenido - por Carrara, sólo es valedero apreciando la idoneidad de la acción en relación con la estricta valoración del concreto comportamiento humano.

Sólo así, las distinciones establecidas por la teoría mixta o intermedia, que no deja de ser clásica, tendrán un razonable fundamento cuando se acude al análisis del caso concreto. En ese supuesto el juzgador tendrá que estimar y emitir el juicio de idoneidad caso por caso, mediante la consideración de todos los elementos relativos a la adecuación de la acción apreciada en concreto, si la actividad del sujeto pasivo tuvo la eficiencia o potencia

---

(110) Núñez Barbero, Op. cit. págs. 9 y 10

lidad causal suficiente para haber llegado hasta la consumación plena del hecho ilícito proyectado (111).

4) La teoría de Garófalo - la concepción sintomática.

Como cuarta y última teoría, de especial mención, surge la expuesta por Garófalo, que recoge los principios del positivismo penal. La misma se aproxima a la teoría de Von Buri y pretende mitigar los excesos de ésta.

En la tentativa la intención es lo relevante, es lo único que tiene valor. Desde el momento en que no se produce el daño sólo es posible castigar la voluntad, en consecuencia no es de importancia la consideración de la eficacia causal de los medios empleados. Esa voluntad debe manifestarse en forma indudable, debe ser peligrosa, por que si no existe la perversidad del agente que la lleve a la acción, no puede haber represión alguna.

Es decir, que la teoría de Garófalo se fundamenta en la temibilidad del delincuente. De modo que si la conducta desplegada revela esa temibilidad debe procederse al castigo de la tentativa inidónea o la tentativa imposible. En cambio, no habrá lugar a la represión penal, cuando la idoneidad de los medios empleados por el agente acusen su falta de energía o torpeza o su ineptitud o incapacidad para delinquir y no su temibilidad, como puede ser el ca-

---

(111) Vannini. Op. cit. pág. 69.

so del agente que pretende envenenar con sal común o disparar a distancia mayor que la alcanzada por el arma.

Contrarios serán los efectos, si el agente procede por un error racional del medio empleado y no por torpeza o ineptitud para delinquir, como es el caso de emplear azúcar en lugar de arsénico por haberle engañado el farmacéutico a quien hubiere solicitado el veneno. "En estas circunstancias -ha dicho Garófalo- no harán que el delincuente sea menos delincuente, porque el error no prueba absolutamente la ineptitud del individuo para el delito; sin duda el acto en sí no es peligroso", pero éste no impide que revele la peligrosidad del agente. Acontece lo mismo, según el citado autor, en el caso de error acerca de la cualidad o la dosis de un veneno. "Un error de esta especie no demuestra lo más mínimo la falta de aptitud por parte del agente; - no es posible declarar inofensivo a un envenenador por haber hecho cálculo equivocado" (112).

Reparos a la teoría de Garófalo.

Uno de los fundamentales reparos es el siguiente:

Se le critica por cuanto que confunde y mezcla la puesta en peligro del bien jurídico con la personalidad del sujeto. De suerte que el Derecho Penal, según esta concepción subjetiva-positivista, no es el tutelador de -

---

(112) Garófalo. Criminología. pág. 417.

un bien jurídico, sino que tiene como fin proteger a la sociedad del sujeto que tiene capacidad para delinquir, puesto que las posibilidades o probabilidades de la consumación valigada, única y exclusivamente, con la personalidad del sujeto, desechando toda valoración objetiva.

Por otra parte, según ella, carece de importancia la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, ya - que identifica el principio de ejecución con el carácter - indudable de un propósito (113).

### III. LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

#### a). En América:

Las posiciones objetivas, salvo excepciones, constituyen la nota dominante en la mayoría de los códigos penales de la América Latina. En efecto, carece de punibilidad la tentativa inidónea en aquellas legislaciones que definen la tentativa con la exigencia de la idoneidad de los medios o propiedad de los mismos. Así acontece en el Paraguay, que en el artículo 3º. párrafo 3º., ha incluido en la definición de la tentativa los requisitos de idoneidad de los medios, posibilidad del delito y univocidad de los actos externos; la legislación venezolana que exige - como requisitos lo apropiado de los medios (Art. 80, pá -

---

(113) Jiménez de Asúa, Luis. El Iter Criminis y la Tentativa. "El Criminologista. Vol. IV, Buenos Aires, 1951, pág. 251.



rrafo 2º); la del Ecuador, que incluye la univocidad y la idoneidad de los actos de realización del delito (art. 16); la de Panamá que exige como uno de los requisitos la ejecución de actos apropiados (art. 61).

Carece de punibilidad, también, en aquellos países cuyos códigos al definir la tentativa o al referirse a ella hablan de los actos que debieran producir como resultado el delito, tal cual ocurre en Panamá (art. 61), Chile (art. 70), Brasil (art. 12), Venezuela (art. 80), Guatemala (art. 16 , párrafo 4o), Honduras (art. 20), Méjico (art. 12), Uruguay (art. 50), Nicaragua (art. 40, párrafo 4o), Paraguay (art. 30, párrafo 3o), Cuba (art. 26).

Algunos códigos, al establecer la impunidad del delito imposible, facultan al Juzgador para que adopte medidas de seguridad, atendiendo al estado peligroso del sujeto, como ocurre en el Uruguay (art. 5o.) Venezuela (art. 41) - Cuba (art. 26), éste último en su Código de Defensa Social de 1936, establece la distinción entre la verdadera responsabilidad criminal, que da lugar a la pena, y la peligrosidad, que acarrea medidas de seguridad.

Otros códigos, que constituyen la excepción, son seguidores de las posiciones subjetivistas, en el sentido de que atienden a la voluntad criminal y a la peligrosidad del autor para fundamentar la punibilidad del delito imposible. No obstante, la pena que establecen para el agente es atenuada, y en ciertos casos, permiten la exención, se-

gún el grado de peligrosidad del delincuente. Tal como ocurre en la Argentina (art. 44, párrafo 4o), Colombia (art. 18), Costa Rica (art. 42). Este último, al igual que el Perú, distinguen conceptualmente el delito cuya realización es imposible por razón del medio o del objeto, y establecen penas atenuadas. Veamos.

El Art. 42 del Código Penal de Costa Rica, establece:

"Cuando por la ineficacia del medio empleado, o por la inexistencia del objeto, fuere imposible la realización del delito y el sujeto obró persuadido de la existencia del objeto o de la eficacia del medio, podrá disminuirse discrecionalmente la pena y hasta eximirse de ella, según la peligrosidad revelada por el agente."

El Art. 99 del Código de 1924 del Perú, establece:

"El Juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su mínimum legal respecto de aquel que hubiera intentado cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuere absolutamente imposible".

Estos códigos que siguen la dirección subjetiva-positivista establecen la proporcionalidad de pena a la peligrosidad del sujeto, y no a la del delito. Por ese hecho, han merecido, por ciertos autores, algunos reparos. Afirman éstos, lo siguiente;

a) Se sanciona la peligrosidad del reo, sin tener

en cuenta que una cosa es la pena y otra las medidas de seguridad.

b) El delito es una realidad jurídica, y no un síntoma y expresión de la personalidad del delincuente.

c) Dichos códigos ignoran las razones de punibili-  
dad del delito intentado, al incriminarse la pura y simple  
resolución criminal exteriorizada, y

d) Lo ideal y conforme al Derecho Penal, consiste  
en excluir la punibilidad del delito imposible, pero dejan  
do al Juzgador un poder discrecional para aplicar medidas  
de seguridad al sujeto que revele una peligrosidad crimi-  
nal.

b). En Europa:

Gran número de legislaciones y códigos modernos eu-  
ropeos establecen expresamente la impunidad del delito im-  
posible, habida consideración de las conductas de idonei-  
dad, con referencia al empleo de los medios, al objeto o a  
la acción inidónea en general. Sin embargo, según la re-  
dacción de los preceptos legales puede ser incriminable en  
Suiza, Grecia, Polonia, Hungría, España. Con respecto a -  
España ocurre una situación muy particular, que al final -  
destacaremos.

Suiza:

Entre los países que se inclinan por la posición -  
subjetivista figura el código suizo, que confiere al Juzga  
dor la facultad de atenuar la pena según su arbitrio en el

supuesto de tentativa inidónea, si tanto el medio empleado como el objeto material contra el cual se dirige la acción fueran de tal naturaleza que imposibilitan en absoluto la consumación del delito. No obstante, el Juzgador puede decretar la exención de la pena, si el agente hubiere obrado por ineptitud o torpeza que demuestre su incapacidad para delinquir (véase art. 23 del C. Penal).

La legislación suiza se caracteriza por el enorme poder de discrecionalidad del Juez, quien podrá elegir y medir la pena según las circunstancias particulares del caso, pero tomando muy en consideración el grado de peligrosidad del autor. Razón por la cual, la legislación suiza peca de los mismos excesos de la concepción sintomática de Garófalo, pues, como se ha dicho, ha considerado al delito como un mero síntoma de peligrosidad del sujeto; sin tomar en cuenta que la pena debe proporcionarse a la culpa, así como la medida de seguridad ha de proporcionarse a la peligrosidad del agente. Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal se advierte cierta rectificación, en el sentido de excluir la punibilidad de ciertos hechos que ridiculizarían el sentimiento jurídico, como lo es el caso de condenar a la que ingiere sustancias abortivas sin estar realmente embarazada, etc.

#### Alemania:

El amplio arbitrio judicial y la posición subjetiva que se advierte en la legislación suiza se contempla en

el Proyecto de Código Penal de Alemania Federal de 1960, - el cual faculta al Juzgador atenuar la pena sin límite e - incluso dejar de imponerla. En efecto la cláusula 27 de - dicho proyecto expresa: "Si por necesidad crasa hubiera desconocido el autor que por la índole del objeto o del medio en que, o con el que, debía cometerse el hecho no podía en absoluto conducir a la consumación, podrá el tribunal atenuar la pena a su arbitrio o dejar de imponer pena alguna".

En la doctrina alemana existe *communis opinio* por la doctrina objetiva, salvo limitadas excepciones.

En la práctica, en cambio, existe desde hace mucho afición por las concepciones subjetivas. Su influencia se proyecta en la legislación (véanse Proyectos de Reformas - del Código Penal de 1925, 1927, 1930, y recientemente el Proyecto de 1960 del Código Penal de la Alemania Federal).

El Reichsgericht alemán, desde 1880, ha sentado abundante jurisprudencia con base en que la punibilidad de la tentativa debe ser deducida de fundamentos internos y - no del texto legal, ya que la voluntad criminal es el fenómeno contra el cual se dirige la ley, por cuanto que toda acción que no haya conducido al resultado es porque la misma ha sido absolutamente inapropiada para producir el he-cho dañoso. Por ello ha sido indiferente para la jurisprudencia la consideración de la idoneidad o no de la tentativa.

Como consecuencia de la práctica del Reich alemán

seguida por los demás tribunales alemanes se llegó a castigar la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, la tentativa de homicidio sobre un cadáver, la tentativa de incesto en un caso en que el sujeto no era progenitor, etc. (114).

No obstante el parágrafo 43 del Código Penal de 1871 exige la idoneidad de la acción para la punibilidad de la tentativa. Es de concluir, por tanto, que la legislación parece seguir la corriente objetiva, excepción hecha del proyecto de Reforma de 1960, en táto la jurisprudencia parece registrar cierta tendencia hacia las concepciones subjetivas.

#### Polonia:

La legislación polaca, en los párrafos 2º y 3º del Art. 23 del Código Penal, expresa que existe la tentativa imposible cuando el autor ignore la imposibilidad de cometer la infracción, bien sea por falta del objeto material, bien en razón del empleo de un medio impropio para producirla. Establece la impunidad sólo en los casos en los que el autor no cree en la eficacia de su acción bien por superstición o extrema ignorancia.

#### Grecia:

La legislación griega es de la misma orientación -

---

(114) Mezger. Op. cit. págs. 247 y 248. (En dichas páginas existen infinidad de sentencias, las cuales establecen sanción para casos de imposibilidad delictiva).

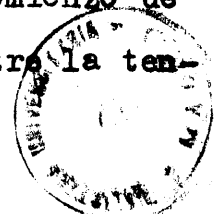
subjetivista. El art. 43 del Código Penal expresa: aquél que emprende una tentativa de delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que su comisión es absolutamente imposible es acreedor a una pena reducida. Quedará eximido de ésta, cuando medie torpeza de su parte.

Hungría:

El amplio poder discrecional del juzgador suizo se advierte en el húngaro. En efecto el Art. 52 del Código Penal establece que la pena de la tentativa puede ser atenuada sin límite y el tribunal puede renunciar a la declaración de culpabilidad y pronunciarse a una pena respecto al autor que atenta la comisión de un delito sobre un objeto impropio o bien por medio impropio o inofensivo.

Francia:

El legislador francés no establece específicamente la impunidad del delito imposible. Sin embargo, el código penal de 1810, que fué el primero en señalar la necesidad de un principio de ejecución para punir la tentativa, en su artículo 2º. expresa: "Toda tentativa de crimen que haya sido iniciada en su ejecución se considerará como el crimen mismo", no hace, como se observa, mención alguna de las conductas de imposibilidad. Por otra parte, una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que los actos que conforman la tentativa imposible no pueden considerarse como si fueran de un "comienzo de ejecución", estableciendo así la separación entre la ten-



tativa y el delito imposible.

En un principio la jurisprudencia francesa siguió los lineamientos de la doctrina clásica del delito imposible. Muchas de sus sentencias observaron la distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, sin embargo, posteriormente, muchas de ellas establecieron la punibilidad de conducta consideradas como de imposibilidad absoluta.

La tendencia existente es la de estimar no punibles la totalidad de las conductas de imposibilidad, pues resultaría del todo incongruente identificar el principio de ejecución que propugna el código, con el carácter indudable de un propósito asentado con vacilaciones por la jurisprudencia francesa. Esa tendencia registra su excepción en materia de abortos, puesto que según el decreto ley de 29 de julio de 1939 sanciona a cualquiera que lo haya intentado; la sanción se extiende aún en los casos de inidoneidad absoluta, sobre este particular, sobre este particular sigue pues, las directrices subjetivistas (115). Sin embargo, en lo referente al aborto existen fallos en sentido opuesto.

Italia:

La redacción del Art. 56 del Código Penal italiana no de 1930 no hace referencia al comienzo de ejecución a

---

(115) Bouzat, Pierre. Traité Théorique et Pratique de - Droit Penal, 1951, págs. 171 y 172.



que aludía el antiguo código de 1889, sin embargo, requiere de modo expreso el requisito de la idoneidad, acepta, por lo tanto, las posiciones objetivas. Dicho artículo expresa "responde ~~de~~ tentativa el que realiza actos idó - neos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito, si la acción no se cumple o el resultado no se verifica".

Excluye la punibilidad del delito imposible por la inidoneidad de la acción o la inexistencia del objeto - (véase Art. 48 del C.P.) y establece medidas de seguridad. El primer supuesto de la inidoneidad de la acción supone la no producción del resultado, puesto que no se ha puesto en peligro el bien jurídico; la inexistencia del objeto material es causa originadora de la inidoneidad de la acción.

#### Legislación española:

Los códigos españoles de 1848, 1870 y 1932 no se ocuparon del delito imposible (116). Sin embargo, el 4 -

- 
- (116) Dichos códigos estiman que dentro del concepto del delito sólo caben los hechos posibles, de tal suerte que el que intenta lo que es materialmente imposible no comete delito. Al respecto, existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se negó la punibilidad del delito imposible en múltiples resoluciones. Véamos algunas sentencias.

Si el que se propuso envenenar a varias personas echó en una botella de vino láudano en cantidad insuficiente para envenenar ni a una sola de ellas, no existe delito. (sentencias de 26 de marzo de 1888, y de 7 de junio de 1890.

---

Aun cuando la procesada tuviera intención de envenenar a su marido, si el medio empleado era de todo punto ineficaz para causar la muerte, y sólo produjo una indisposición ligera, calificó la sala con acierto los hechos, absolviendo a la procesada. (véase sentencia de 26 de noviembre de 1879).

Si no consta que el arma estuviera cargada y en disposición de producir los disparos, no existe delito ni cabe apreciar grado alguno del mismo respecto de hechos que no podían consumarse (Sentencia de 6 de junio de 1877).

La mera intención del agente, sin la realidad de actos constituyentes de un delito en grado de tentativa, frustrado o consumado, no puede determinar la existencia de un acto punible, ni por tanto tanto la procedencia de su sanción penal. (sentencia de 10 febrero de 1901).

No constituye tentativa, ni delito frustrado, ni hecho punible alguno las maniobras abortivas sobre mujer de la que no puede afirmarse se encontrase embarazada (sentencia de 22 de enero de 1931).

No cabe hablar de delito imposible por medio inidóneo más que en el caso de no haberse producido daño material alguno, y nunca si el hecho punible hubiese comenzado a producir los resultados dañosos previstos y deseados mediante su empleo. (sentencia de 8 de marzo de 1941).

Sin embargo, en algunos casos la jurisprudencia mantuvo el criterio opuesto. Existen precedentes que equiparan el delito imposible al delito frustrado, otros a la tentativa.

En ciertos delitos contra la propiedad se declaran culpables de hurto frustrado los intentos de robo en cepillo de limosnas en las iglesias que no contenían cantidad alguna.

La misma calificación recibían los intentos de robo de caudales que estaba totalmente vacía, (sentencia de 10 de marzo de 1899).

El suministro de sustancia venenosa en cantidad insuficiente para causar la muerte se estimó como tentativa de homicidio. (sentencia de 10 de febrero de 1943).

de agosto de 1933 surgió la ley de Vagos y Maleantes (modificada por las de 23 de noviembre de 1935 y 4 de mayo de 1948) que recomienda la aplicación de medidas de seguridad para los hechos "que no constituyan delito, por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto...." (Art. 9º). Esta ley aspiró a ponerle remedios a la impunidad de las conductas de imposibilidad que no sancionaba el Código de 1932 e incluso la misma jurisprudencia.

La ley de 1933, aún vigente, establece medidas de seguridad en atención al estado de peligrosidad del agente, cuya conducta, aunque no haya puesto en peligro el bien jurídicamente protegido, puede evidenciar una tendencia a la comisión de esos hechos a que se refiere el Art. 9º.

El actual código, de 23 de diciembre de 1944 (117)

---

(117) A partir de la vigencia del actual Código Penal - de 1944, se registra cierta cantidad de resoluciones, sobre todo en materia de aborto, en las cuales se establecen sanciones para conductas inadecuadas, es decir, inaptas para lograr un hecho reputado ilícito.

La sentencia de 14 de junio de 1950 calificó - la comisión de una conducta por "tentativa de delito imposible", en relación con el párrafo 2º. - del art. 52 y estableció pena a la misma.

La sentencia de 22 de abril de 1933 dictó sanción punitiva contra quien disparó con un arma de fuego, incapaz para causar la muerte, por cuanto que el disparo se realizó a mayor distancia de la que alcanza el arma.

La sentencia de 30 de diciembre de 1955, estableció sanción por aborto, aun no estando la perjudicada en estado de gestación.

contrariamente a los expresados anteriormente, establece la punibilidad del delito imposible en el párrafo 2º del Art. 52, asimilando, en cuanto a la pena, la tentativa y el delito imposible. Dicho párrafo expresa; "La misma - regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito".

El vigente código penal de 1944 no define el delito imposible, ni se le menciona en el Art. 3º del Código que hace enumeración de los diversos momentos del delito. Sólo se le alude en el párrafo pre-inserto, en el Cap.IV, del Título III del Libro 1º que hace referencia a la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones.

La actual redacción del Código -ha dicho Quintano Ripollés- "no decide a qué clase de imposibilidad se refiere el Art. 52, si a la absoluta o a la relativa, a la Ausencia del objeto o a la de la inidoneidad de los me-dios a la que parece circunscribirse las referencias de ejecución y producción" (118).

Sin embargo, Antón Oneca y Puig Peña consideran - que en la fórmula del Art. 52 están comprendidos los ca-sos de imposibilidad relativa, pero no la absoluta, en relación con las definiciones del Art. 3º. Este último, - funda su afirmación en las consideraciones siguientes:

---

(118) Quintano Ripollés. Op. cit. pág. 231.

- 1º.- "Que este precepto (refiriéndose al Art. 52) debe en todo caso ponerse en relación con - el Art. 3º, en el que cabe albergar los supuestos de imposibilidad relativa.
- 2º.- Que la construcción general del delito imperfecto en nuestro código es francamente - objetiva, como lo demuestra la menor pena - del delito imperfecto y la impunidad de los actos preparatorios, y
- 3º.- Que la aplicación particular del delito imposible como supuesto en el aborto en el - Art. 411 autoriza una interpretación restringida" (119).

Antón Oneca, también se pronuncia en el sentido de que el Código alude a la imposibilidad relativa. Al respecto dice: "Si se tiene en cuenta que en las definiciones del Art. 3º. están excluidos los casos de imposibilidad absoluta o de ausencia de tipo, pero no los de imposibilidad relativa, cabe pensar que el párrafo 2º - del Art. 52 es un precepto de referencia alusivo a los casos de responsabilidad relativa ya comprendidos en - las definiciones generales del (delito) frustrado y de y de la tentativa consignados en el Art. 3º" (120).

---

(119) Puig Peña. op. cit. págs. 226 y 227.

(120) Antón Oneca. Derecho Penal I, Parte General, 1948, pág. 417.

No obstante, otros autores, entre ellos Núñez Barbero, son de opinión que el Art. 3º del Código Penal no puede tomarse como base para la incriminación del delito imposible, tal como contrariamente lo afirman Puig Peña y Antón Oneca, pues dicho artículo acentúa el criterio - objetivo de la legislación, al hacer referencia a un comienzo de ejecución, que supone el comienzo de un ataque, de una agresión, adecuada al tipo legal del delito que - el reo pretende realizar; esa acción del agente debe llevar en sí una eficacia causal, que sólo tiene relevancia jurídica cuando el agente se coloca en situación adversa a la norma; por ello la idoneidad tiene que tener correspondencia con la acción para que ésta sea punible.

Por lo expuesto, según Núñez Barbero, opinión que compartimos, es inconcebible afirmar que a tenor del Art. 3º, se empieza a matar con un arma descargada; se empieza a sustraer la cosa ajena, cuando se sustrae la cosa - propia, en poder de otro etc. En estos supuestos no se ofende el bien jurídico, puesto que éste jamás ha estado, realmente, en peligro, por lo tanto, estos supuestos no pueden tener base incriminativa conforme al Art. 3º, puesto que esta disposición supone una eficacia causal entre la acción y la idoneidad desplegada por el agente, aptitud que no existe en la configuración de los casos considerados como delitos imposibles, pues en ellos no existe - la idoneidad, elementos indispensable para la punibilidad

de la figura jurídica contemplada en el Art. 3º del C. - Penal.

Por otra parte la jurisprudencia que sigue los - lineamientos clásicos (121), salvo ligeras excepciones - ha considerado "que debe concurrir, con la intención del agente, la ejecución de actos exteriores, eficaces e idó neos, adecuados y conducentes al fin propuestos, y que ha afirmado, incluso, que, de otro modo, faltaría el principio de ejecución exigido por el párrafo 3º del Art. 3º" (122).

En cuanto a la distinción entre la imposibilidad absoluta y relativa que de por sí ha merecido severos re paros en la doctrina, la jurisprudencia española no ha - mantenido un criterio uniforme. Casos considerados como de imposibilidad relativa han sido declarados impunes, - (sentencia de 7 de junio de 1890) y, otros, considerados como punibles (sentencia de 30 de junio de 1909 y de 9 - de mayo de 1914 (x) y en algunos otros casos ha hecho re ferencia a las particularidades del caso concreto, como acontece en las sentencias del 17 de abril de 1888 y el 17 de abril de 1936 dictadas por el Tribunal Supremo -

---

(121) Véase sentencias de 22 de junio de 1889, de 2 de octubre de 1931, 30 de noviembre de 1934, de 7 de abril de 1936, de febrero de 1954, dictadas por - el Tribunal Supremo.

(122) Núñez Barbero. Op. cit. pág. 161.

( x ) Suministro de sustancia venenosa en cantidad insu ficiente para causar la muerte.

(123).

Aparte de las consideraciones expresadas los autores españoles han formulado una serie de críticas al párrafo 2º del Art. 52, por su incorrección sistemática y metodológica y por su dudosa utilidad (124) en la práctica.

Del Rosal critica con mucho acierto la figura del delito imposible que recoge el meritado precepto al afirmar que "la tentativa imposible constituye por sí misma, una contradicción sistemática con las líneas ordenadoras del sistema punitivo vigente; pero todavía se resalta - más aún si se tiene presente que la imposición de la pena se hace de acuerdo con el hecho cometido. Y resulta paradójico, en extremo, que en el código penal español - se decrete una pena cuando no se ha ofrecido ofensa ni - daño alguno, puesto que, al menos, en la tentativa normal se cierne no ya un peligro, sino que existe un comienzo de ejecución, con lo que la "ofensa" principia a realizarse, al bien protegido" (125).

Por otra parte, Sánchez Tijerina, manifiesta su - disconformidad por la inconexión del citado párrafo con las normas del código al expresar que la naturaleza ju-

---

(123) Núñez Barbero. Op. cit. pág. 158.

(124) Quintano Ripollés. Op. cit. pág. 231.

(125) Del Rosal. Op. cit. pág. 105.



rídica del delito imposible "es tan singular que equipararle a la tentativa y a los actos preparatorios, me parece un dislate jurídico de gran tamaño. Cuando mejor - que en los primeros artículos se hubiera dado un concepto claro del delito imposible, y en estos otros preceptos se dejase al juzgador una libérrima apreciación de todas estas formas imperfectas del delito" (126).

No obstante, Puig Peña sólo lo estima censurable por la inexistencia de una norma anterior que defina y ordene la figura del delito imposible; pero en cambio, considera que su inclusión en el código es aceptable, por recoger las orientaciones modernas (127). Sobre esta apreciación manifestamos nuestra disconformidad, por cuanto que las orientaciones modernas propugnan la exención de pena de los actos inadecuados, o porque es absolutamente imposible el fin que se propone el agente, o porque resultan absolutamente inidóneos los medios puestos en práctica. En tales casos sólo es factible adoptar medidas de seguridad si al agente se le considera peligroso. Pero jamás es prudente aplicar penas en las acciones que no comportan los requisitos de la antijuricidad y de la culpabilidad. La ley debe tener en cuenta - al delito imposible, sólo para la imposición de las medi

---

(126) Sánchez Tijerina, Op. cit., pág. 102.

(127) Puig Peña, Op. cit. pág. 226.

das de seguridad, pero no para la imposición de penas.

Incluso, muchos autores españoles sostienen que - existe una contradicción entre la definición de la tentativa del Art. 3º y el párrafo 2º del Art. 52. Este último precepto es acusado de violentar los principios fundamentales del derecho positivo vigente, por cuanto que la tentativa inidónea debe quedar a extramuros de la penalidad, ya que no ofende al bien jurídicamente protegido - por la norma. Lo prudente consistiría en aplicar las medidas de seguridad a fin de estar en consonancia con las corrientes modernas, observada ya por varias legislaciones, como Italia, Venezuela, Brasil, Uruguay, etc.

Por otra parte, autores como Ferrer Sama, sostiene que dicho párrafo "viene a echar por tierra el concepto que de la verdadera tentativa formula el Art. 3º, - puesto que en último término, lo que se tiene en cuenta al determinar la penalidad es el elemento intencional"; cuando, en realidad, según la orientación del código debe primar el principio de ejecución que comporta una eficacia causal de los actos, que no puede existir en los casos de inidoneidad absoluta del medio o inexistencia del objeto (128).

Si bien el delito imposible es producto de las con

---

(128) Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal I, Murcia, 1946, pág. 71.

cepciones subjetivistas y el código español no parte en absoluto de estas concepciones, por el contrario es de inspiración clásica, entonces, hay que estimar que la punibilidad de la figura del delito imposible que recoge el Código en el párrafo 2º del Art. 52, constituye una afrenta para la orientación tradicional seguida por la legislación. Este hecho, unido a la inexistencia de una norma anterior que defina y ordene el delito imposible, y el completo desacuerdo con las orientaciones modernas ya expresadas, exigen de inmediato la derogatoria del citado precepto, o la consiguiente reforma a tono con la orientación del Código.

Además de lo expuesto, ciertos autores sostienen que existe incompatibilidad entre el párrafo 2º del Art. 52, que hace punible el delito imposible con la misma pena que la tentativa, y la ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, que exige la aplicación de medidas de seguridad, previa la declaración del estado de peligrosidad del agente, en aquellos hechos que no constituyen delitos, por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, etc.

Algunos se preguntan, si se pune el delito imposible, ¿Por qué se establece la aplicación de las medidas de seguridad en el Art. 9º de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933?

El prof. Federico Castejón contesta la interrogan-

te afirmando, que en ciertos supuestos debe aplicarse la pena del Art. 52, por ser ley posterior, atendiendo al principio general de interpretación de que la norma posterior deroga o reforma la anterior; por otra parte, a afirma que en los casos de sentencia absolutoria o sobreseimiento cabe aplicar las medidas de seguridad que proapugna la ley de 1933 (129).

Lo cierto es que ésta última interpretación de la aplicación de las medidas de seguridad no está en consonancia con el sentido literal del Art. 9 de la ley de 1933, que en ningún momento expresa que sólo cabe aplicarla en los casos de sobreseimiento o absolución.

En cambio, si aceptáramos, su interpretación en el sentido de que el Art. 52 por ser ley posterior reforma o deroga la ley de 1933, entonces, la legislación puniría todas aquellas conductas en que el resultado es imposible sin reparar en la concepción de la antijuricidad, o sin que en realidad se haya puesto en peligro el bien jurídicamente protegido. En ese supuesto, la legislación española se caracterizaría por la incriminación de aquellos sujetos que sólo manifiestan su voluntad criminal; pues no cabría aplicarles medidas de seguridad, por cuanto que la ley de 1933 que las establece, ha sido deroga-

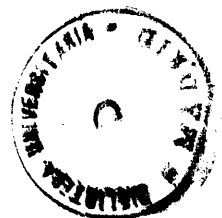
---

(129) Castejón, Federico. Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de Diciembre de 1944, Reus, Madrid, 1946, pág. 39.

da por una posterior.

En consecuencia, estimamos que el Art. 52, en su párrafo 2º es un resabio de la concepción sintomática, - que considera el delito como un mero síntoma de peligrosidad, que está fuera de lugar en la concepción realista del código español.

Por todo lo anteriormente expuesto, es recomendable la eliminación del párrafo 2º del Art. 52, La legislación española debe propender a establecer medidas de seguridad y no sanción punitiva a los agentes que incurran en aquellas conductas de imposibilidad. Por ello urge su regulación en una ley especial o en un código de Prevención Criminal, previa la derogatoria o reforma del párrafo 2º del Art. 52.



## C A P I T U L O   V I

### LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO

- I. Concepto de Frustración.
- II. Réplicas a la Pretendida Autonomía del Delito Frustrado.
  - A.- Ejecución de todos los actos necesarios para la consumación.
    - 1º. Inadmisibilidad lógica del delito frustrado.
    - 2º. El número de actos ejecutivos, el dolo y el castigo deben ser mayores en el delito frustrado que en la tentativa.

Réplica.
  - B.- Falta de Consumación por causas independientes de la voluntad.
    - 1º. La autonomía del delito frustrado frente a la tentativa no puede fundamentarse en el criterio de la inimputabilidad de la no ejecución del resultado.
    - 2º.- Inconsistencia del criterio: la conducta desplegada en el delito frustrado responde a la absoluta idoneidad de los actos.
      - a) Idoneidad de los medios empleados.
      - b) Idoneidad del Objeto Material del Delito.

## C A P Í T U L O   V I

### LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO (X)

En la escueta exposición de los diversos estados del delito, que figura en el primer capítulo del presente trabajo, afirmamos que en ciertas legislaciones no sólo se castiga la actividad criminal cuando se consuma, o cuando se intenta, sino también cuando se malogra con la frustración. Esas legislaciones suelen distinguir una figura intermedia entre la tentativa y la consumación y la denominan delito frustrado.

Actualmente esa clasificación tripartita ha sido desechada por gran número de tratadistas, incluso la tendencia de las legislaciones modernas consiste en excluirla. Tanto estas legislaciones como la doctrina dominante hablan de tentativa y consumación. No aceptan entre éstas una figura intermedia.

Sin embargo, algunas legislaciones, especialmente ciertos regímenes legales de inspiración española y - otras que no lo son, diferencian el delito frustrado de la

---

(X) Véanse obras de: Vannini. Op. cit., págs. 105-111;  
Araújo. Op. cit., págs. 243-273.

-

39. La Puesta en Peligro del Bien Jurídico es mucho mayor en el delito frustrado que en la tentativa, por lo tanto de allí emerge su autonomía.


Réplica.

### III. Conclusión.

IV. La Tentativa y la Frustración en la Legislación Comparada.

a) En América.

b) En Europa.





tentativa (130). Pero es necesario destacar el hecho de que los juristas de estos países abogan por la supresión de la frustración como etapa punible del proceso de generación - del delito, pues consideran que la distinción no tiene alcance práctico alguno, antes bien ocasiona lamentables y enojosas confusiones en el ánimo del Juzgador al impartir justicia.

De suerte que ciertas legislaciones hacen la distinción, en cambio, la doctrina aboga por la supresión, por lo que inevitablemente surgen las siguientes interrogantes:

¿Tiene la frustración razón de ser como figura - intermedia entre la tentativa y la consumación de todos los delitos?.

¿Será posible identificar la frustración con la tentativa? ¿Es la frustración un concepto general válido

---

(130) Reiterada jurisprudencia española ha establecido la distinción en la forma que se expresa a continuación:

"En la tentativa, el agente inicia el camino del delito, animado de espíritu perverso, y se detiene sin recorrerlo en toda su extensión, por motivos extraños a su voluntario desistimiento, y en esto estriba su diferencia esencial con la frustración, que es una fase delictiva semiplena, en la cual el culpable hizo cuanto tuvo que hacer para consumir su idea criminal, y, sin embargo, no se produjeron todos los efectos y males previstos y deseados por causas independientes a su bien manifiesta y exteriorizada voluntad".

(Sentencia de 16 de febrero de 1946).

Véase, Rodríguez Navarro, Manuel. Doctrina Penal del Tribunal Supremo. Tomo I, M. Aguilar, editor. Madrid, 1947, pág. 94.

para todos los casos? ¿Tendrá autonomía propia en relación con la tentativa?.

¿Qué consecuencias prácticas se derivan de la distinción en las legislaciones que la aceptan, entre ellas España y mi patria, la nación panameña, y en caso negativo, por qué el legislador no procede a suprimirla?.

¿Sería aconsejable unificar las legislaciones en el sentido de eliminar la frustración como etapa punible - del proceso de generación del delito?.

Evidentemente estas interrogantes sólo tendrán - respuestas contundentes si se procede al análisis de los - elementos estructurales y consecuencias del delito frustrado. A esa tarea nos encaminamos, pero antes es preciso destacar el concepto que se tiene de esta figura jurídica.

#### I. CONCEPTO DE LA FRUSTRACION:

Diversas concepciones del delito frustrado se - han dado a través de las épocas. Inicialmente se sostuvo que se configuraba cuando el sujeto ha cumplido todo lo - que de ordinario es necesario para la consumación del de - lito (131).

Luego se le dió otra definición: es necesario - que el agente haya hecho todo lo que debía hacer de su - parte para alcanzar la consumación.

---

(131) Romagnosi. Op. cit., pág. 265.

Parte de la doctrina alemana le dió otro matiz : existe el delito frustrado cuando el agente ha hecho todo lo que creía necesario para la consumación.

Las tres definiciones requerían, además, por - igual la falta de consumación por causas independientes a la voluntad. Desde un punto de vista objetivo no existen en ellas diferencias substanciales. Todas coinciden en que dicha figura no existe mientras la conducta criminal no ha realizado plenamente todos los actos para la consumación y el resultado no se logra por causas independientes de la - voluntad.

Las únicas discrepancias consistirían en la manera de entender cuándo se ha configurado el delito frustrado. Apreciación que peca de irrelevante, en razón de que - si se han cumplido todos los actos de ejecución propios de una conducta delictiva no interesa saber lo que se proponía el sujeto, ni lo que habría creído necesario de su parte para la consumación delictiva.

Las previsiones propias del agente sobre su creencia configurativa de la frustración, en estricto derecho , es indiferente al juzgador, pues éste debe atenerse en todo caso a la descripción típica formulada por la ley, y desentrañar de ella los elementos necesarios que ha exigido la norma para la incriminación.

## II. REPLICAS A LA PRETENDIDA AUTONOMIA DEL DELITO FRUSTRADO.

Para los fines expuestos en las anteriores interrogantes nos corresponde analizar esos dos elementos estructurales que se observan en las definiciones dadas a la frustración:

a) ejecución de todos los actos para la consumación, y;

b) el resultado que no se logra por causas independientes de la voluntad del sujeto.

### A. Ejecución de todos los actos necesarios para la consumación:

#### 1º. Inadmisibilidad lógica del delito frustrado.

Las concepciones del delito frustrado, que se han expuesto en las líneas anteriores, de cara al primer elemento estructural se tornan insostenibles e inadmisibles por cuanto que la carencia de realización de todos los actos que exige la naturaleza misma del hecho es un indicativo de que no se ha recorrido todo el iter criminis, razón por la cual sólo podrá hablarse a lo sumo de tentativa y no de frustración. Puesto que si se le imprime un enfoque o una significación objetiva al requisito "de la ejecución de todos los actos ejecutivos necesarios para la consumación", resultaría como consecuencia lógica que las comprensiones doctrinarias y legales del delito frustrado

no tendrían razón de ser, pues involucran su propia negación.

No cabe duda que si se ejecutan todos los actos necesarios para la consumación, ésta necesariamente surgirá a la vida jurídica. Pues si el resultado, por ejemplo, no se logra por causas independientes de la voluntad es consecuencia de que no se han ejecutado todos los actos necesarios para la realización de la actividad descrita en el tipo.

Por lo expuesto, somos de opinión que la definición que da el párrafo 1º. del art. 3º del Código Penal español de 1944, y las que le son similares como Panamá, Venezuela, etc., implican un contrasentido. Por cuanto que en un plano objetivo no puede surgir la dualidad de la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación y que no se logra por causas independientes de la voluntad del agente, pues ambos elementos estructurales son excluyentes a nuestro juicio.

Los elementos estructurales aceptados por las diversas concepciones del delito frustrado acentúan un carácter sofístico, por lo que resulta aconsejable su eliminación de los textos legales.

En todo caso -repetimos- si no surge la consumación delictiva es porque no se han cumplido todos los actos ejecutivos indispensables, pues en definitiva a lo sumo cabría hablar de tentativa.

2º. El número de actos ejecutivos, el dolo y el castigo deben ser mayores en el delito frustrado que en la tentativa. Réplica.

Ciertos autores, entre ellos Garófalo, consideran más delincuente a aquel que ejecuta todos los actos punibles que aquél que los ejecuta parcialmente (132). Pues la capacidad de persistencia del reo hasta haber cumplido con todos los actos ejecutivos indispensables para la consumación delictiva prueba una intención real, y efectiva mucho más acentuada y sostenida que los actos de la tentativa, ya que los no cumplidos sólo se podrán deducir por presunción.

El criterio que se deja reseñado ha encontrado eco en ciertos autores españoles. Luis Silvela, penalista, español, ha dicho que si se aprecia comparativamente entre sí estas especies delictivas es necesario reconocer que la sanción de la tentativa debe ser menor que la correspondiente al delito frustrado, "pues la acción de aquél que ha detenido el curso del delito es indudablemente menor en intensidad criminosa que la acción de aquél que lo consuma subjetivamente, haciendo todo lo que está en su poder para completar el evento criminoso" (133).

En ese orden de ideas se plantean dos criterios - a saber: diferencias entre el dolo por la cantidad de actos

---

(132) Garófalo. Op. cit., pág. 352.

(133) Silvela. Op. cit., Tomo I, pág. 118.

ejecutivos logrados y por consiguiente mayor castigo en la frustración que en la tentativa.

Las anteriores diferencias son las más notables - que se toman en cuenta para proporcionar la penalidad en am bas figuras delictivas en las legislaciones que hacen la - distinción, pues según ellas la pena es la medida del delito. Entre ellas las de mi país y hasta cierto punto la española.

Sin embargo, dichos criterios han sido objeto de reparos, pues no contribuyen a sostener un principio de validez general que afirme la independencia autónoma de la frus tración con respecto a la tentativa.

No siempre la inejecución de todos los actos  ejecu tivos implica una menor culpabilidad de la tentativa que el delito frustrado, pues la interrupción de los actos  ejecu ti vos no son absolutamente debidos a la voluntad del sujeto, también pueden ser debidos a su falta de audacia, inteligencia, a su inhabilidad, a las perturbaciones de la conciencia y con mucha frecuencia a circunstancias puramente fortuitas, no - siéndole imputables la no ejecución de todos los actos  neces arios para la consumación.

Por otra parte, en la práctica, es de extrema dificultad determinar de antemano y con rigurosa precisión el número de actos necesarios para lograr la consumación plena al margen del código (134). Además, se estima que no es el

---

(134) Gómez. Op. cit., pág. 174.

número de actos realizados lo que cuenta, sino su ejecución en cada caso particular (135) conforme sean los obstáculos presentados que impiden su realización, así como también importa apreciar las condiciones personales del agente. De suerte que existen casos de tentativa que requieren mayor número de actos que revelen la intención, - en tanto que menor número de actos pueden ser suficientes para completar la conducta del delito frustrado.

Segundo y último elemento estructural:

B. Falta de consumación por causas independientes de la voluntad.

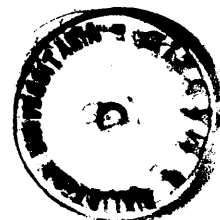
Este segundo requisito de la frustración en relación con el primero es vulnerable, pues no resiste un análisis lógico. Más bien, es infructuoso para evidenciar la autonomía de la frustración frente a la tentativa. Así lo han expuesto caracterizados autores, quienes han formulado una serie de juicios que revelan de inmediato la inconsistencia de la frustración como figura intermedia entre la tentativa y la consumación.

De manera somera en las líneas que siguen nos limitaremos a la exposición de tales opiniones.

1º. La autonomía del delito frustrado frente a la tentativa no puede fundamentarse en el criterio de la inimputabilidad de la no ejecución del resultado.

---

(135) Quintano Ripollés. Op. cit., pág. 227.





Algunos autores pretenden establecer la distinción en el sentido de que en la tentativa la falta del resultado es imputable al agente, por cuanto no ha hecho todo lo que era necesario para la consumación. En tanto - que en la frustración se considera que el agente ha hecho todo lo que era necesario, no siéndole imputable la no - ejecución del resultado.

No se trata de fundar un criterio diferencial - con base en la ejecución o no de todos los actos ejecutivos. Se trata solamente de enjuiciar el criterio arguido de que en la frustración la no ejecución del resultado no le es imputable al agente, mientras que en la tentativa - sí.

Indudablemente en estas modalidades delictivas se ha dejado de hacer todo lo que en el tipo se requería. De lo contrario la consumación sería un hecho.

La no realización de la especie concreta -repetimos- absolutamente no se debe a causas puramente fortuitas. Acontece que en la frustración intervienen ciertos factores ajenos a lo casual, como pueden ser las indecisiones de la voluntad, las perturbaciones psicológicas o a - los conflictos que perturban la lucidez del agente. Lo - mismo acontece en la tentativa. En esta es muy frecuente la falta de consumación por causas de fuerza mayor o caso fortuito. También es posible que le sea imputable por - cuanto el sujeto procedió con ligereza, falta de audacia,

ingenio o inhabilidad.

Es decir, que las causas impositivas del resultado no son privativas de uno solo de los institutos, también, se observan en ambos. Salvo que se le de a la frustración, a contrario de la tentativa, una significación - muy restringida, reservándole lo absolutamente casual, criterio que en la práctica se hace insoluble en la generalidad de los casos. Basta un ejemplo para un mayor entendimiento.

El reo ha disparado contra el pecho de su víctima cuyo oficio consistía en servir de guardaespaldas a - una alta autoridad gubernamental, pero el proyectil tro - pieza con una malla protectora. En este supuesto caso se puede sostener que el sujeto ha realizado todo cuanto era necesario para consumar el homicidio, e incluso la no ejecución no le es imputable. No obstante, también se puede argumentar que el reo no ha realizado todo lo necesario - para la consumación delictiva, pues debió suponer que por su oficio de guardaespaldas estaba protegido de una coraza de acero y por lo tanto debió apuntarle hacia la cabeza y no al pecho.

Se observa, pues que las circunstancias impositivas del resultado de la frustración pueden coincidir - con las de la tentativa, pues ambas son formas equipara - bles. En ellas no se ha ejecutado conforme al tipo era - necesario para la consumación. Por ello, la exigencia de

la no producción del resultado por circunstancias independientes de la voluntad es criterio inadmisibile para afirmar la autonomía de la frustración. Por el contrario tal requisito contribuye a sostener la identificación de ambos institutos.

2º. Inconsistencia del criterio: la conducta desplegada en el delito frustrado responde a la absoluta idoneidad de los actos.

A más de lo expuesto, se ha pretendido destacar la autonomía de la frustración frente a la tentativa en el sentido de que la conducta observada en el delito frustrado tiene que ser absolutamente idónea, puesto que, si ab initio hubiese surgido una falta de aptitud para lograr la meta delictiva no podría lograrse la consumación por causas independientes de la voluntad. Concebida así la conducta de la frustración, ésta por definición rigurosa implica la plena realización de la actividad ejecutiva, por lo tanto, no podrá lograrse por una acción absolutamente inadecuada, ni tampoco sería compatible con ningún grado o matiz de inidoneidad.

Como proposición correlativa sería que la tentativa si bien no admite una acción absolutamente inadecuada, si sería compatible con la acción relativamente idónea. Es decir, que la frustración presupone una absoluta idoneidad de los actos de la conducta, en tanto que en la tentativa exclusivamente no, pues admite cierto grado de inidonei -

dad.

Sin embargo, tales proposiciones no logran satisfacer las exigencias de la práctica y distan mucho de justificar la autonomía conceptual de ambas figuras de delictivas.

Para justificar la anterior afirmación es necesario recurrir al examen de los medios puestos en práctica por el agente y al objeto material del delito o sujeto pasivo.

A) Idoneidad de los medios empleados.

No existe un criterio de mensura que diferencie con precisión lo absoluto y lo relativo en los medios puestos en práctica por el agente -ha dicho la doctrina dominante-, pues esta distinción es tan imprecisa y tan flexible que no aporta soluciones plausibles (136).

No se podrá emitir un juicio de validez absoluta sobre la eficacia de un medio abstractamente considerado con independencia del fin delictivo que con dicho medio se pretende lograr. Al contrario la eficacia del medio empleado sólo es apreciable en la realización concreta de los actos. Así lo ha expresado la doctrina y así lo hemos expuesto con ejemplos concretos, en el capítulo anterior, al hablar de la doctrina mixta que pretende justificar la punibilidad de la tentativa inidónea.

---

(136) Jiménez Huerta. Op. cit., pág. 283.

Existen casos -séanos permitido usar los mismos ejemplos clásicos de ciertos tratadistas- en los que una cucharada de azúcar, que en abstracto es un medio inidóneo, puede ocasionar la muerte a una persona cuando es diabética. Acontece lo mismo cuando un pequeño e inofensivo alfiler puede ocasionarle la muerte a un hemofílico. Como también puede acontecer, a la inversa, que un arma poderosa de destrucción puede resultar inútil si el sujeto no sabe su manejo. Es decir que para apreciar los medios empleados, necesariamente, hay que acudir a los actos emprendidos y no a los abstractos.

Ahora bien, en ese orden de ideas para determinar la certeza de la absoluta idoneidad de los medios empleados por la conducta del agente para producir una actividad delictiva es necesario esperar que el resultado de **esta actividad delictiva** se realice. Pero es el caso que **tanto en la frustración** como en la tentativa el resultado no se produce. Por lo que resulta que el pretendido criterio de la absoluta idoneidad de los actos de la conducta en cuanto a los medios empleados no puede en manera alguna justificar la independencia conceptual de la frustración. Por cuanto que en ambos institutos no es posible apreciar en concreto esa absoluta idoneidad. Esta sólo es posible inferirla una vez lograda la consumación delictiva.

Contrariamente a lo expuesto, sería abocarnos a

concepciones abstractas inconvenientes para el Derecho Penal urgido de claridad, certeza y ausencia de dudas y confusiones y como consecuencia lógica incrementaría el poder de discrecionalidad del juzgador que en ciertos casos no sería nada recomendable.

Se podrá arguir que en la frustración se han cumplido todos los actos necesarios para la consumación lo - que revelaría de inmediato la absoluta idoneidad de los - actos de la conducta. Pero es el caso que los obstáculos impositivos -repetimos- no siempre provienen de causas puramente fortuitas, sino también de conflictos que perturbaban la lucidez del agente, de un mal empleo de los medios utilizados en la ejecución, etc.

Razón por la cual, la distinción no podrá fundamentarse en la absoluta idoneidad de los medios.

b). Idoneidad del objeto material del delito.

No cabe duda que la ausencia permanente del objeto material del delito, sea ya ignorado por el agente e inmutable en relación al desarrollo de la acción que pretendía la comisión delictiva, no configura en modo alguno la tentativa ni la frustración. Pues mal puede lograrse una acción antijurídica que no podrá empezarse.

Por otra parte, tampoco, podrá existir idoneidad alguna, por cuanto, ésta no puede existir inicial ni sucesivamente. En esos supuestos jamás podrá justificarse la imposición de una pena a menos que se deseara vio -

lentar el principio cogitationis poenam nemo patitur.

En el supuesto caso de que sea absoluta la idoneidad del objeto material la consumación sobreviene, - pues si no se logra es porque los medios empleados no - eran absolutamente idóneos, por lo que cabría hablar a - lo sumo de tentativa y no de frustración.

Ahora bien, el problema a dilucidar consistiría si es posible la separación conceptual de la frustración cuando en determinados casos el resultado falta por la ausencia provisional o temporal del sujeto pasivo, aunque materialmente exista.

Carrara, en estos supuestos expresa que surge la frustración si el obstáculo impeditivo del resultado no fue conocido por el sujeto con anterioridad a la acción (137). Pero lo cierto es que caemos en el mismo círculo vicioso. Pues también da margen para configurar la tentativa. Si hubo la existencia de obstáculos podrán deberse a la falla de cálculos del sujeto, o porque no ha hecho todo lo necesario para que se consume el delito. Todo lo imprevisto no puede absolutamente considerársele de fortuito.

En definitiva, la ausencia temporal del sujeto pasivo del delito no puede dar lugar a una nítida separa

---

(137) Carrara. Teoría de la tentativa... Parágrafos - 152 a 156.

ción de las dos modalidades delictivas aceptadas por ciertas legislaciones.

3º. La puesta en peligro del bien jurídico es mucho mayor en el delito frustrado que en la tentativa, - por lo tanto de allí emerge su autonomía. Réplica.

Los impugnadores de la distinción, entre ellos hacemos legión, han expresado que en el plano concreto gran número de hipótesis delictivas escapan al rigor de la separación entre esos momentos del obrar incompleto: tentativa y delito frustrado. Este juicio se acentúa - con gran intensidad en el supuesto criterio del mayor peligro corrido del bien jurídico como punto diferencial de los dos institutos.

Existen numerosos casos en la práctica en los que la conducta criminal es índice revelador de una gravedad mucho más extrema en el peligro que corre la víctima que del que emerge cuando se cumplen todos los actos necesarios para la consumación. Es decir, que la acción aún no cumplida en su totalidad puede originar una lesión más grave de la norma que el agotamiento de la acción ejecutiva.

Valgan los mismos ejemplos utilizados por los autores para fundamentar la anterior manifestación: La tentativa de envenenamiento ejecutada en muchos actos y suministrada en pequeñas dosis resulta más peligrosa que un disparo de un rifle provisto de mira, cuyo fulminante



no explota por circunstancias extrañas al querer del agente, revela mayor peligro corrido por la víctima que un disparo de revólver a corta distancia y hecho a la ligera sobre otra que velozmente conduce un auto (138).

Por lo expuesto, el criterio del mayor peligro - corrido peca de inconsistencia para fundamentar la autonomía del delito frustrado.

### III. CONCLUSION.

Las diversas tesis expuestas no revelan concierto incontrovertible la separación de las barreras de la tentativa y la frustración, pues cuando se pasa al plano concreto se advierte su inconsistencia lógica.

Tales insitutos se identifican, nada los diferencia substancialmente (139). Ambas persiguen la comisión de un delito y, por lo tanto, son expresiones de un actuar doloso (140). En ninguno de ellos se han agotado todos los actos necesarios para producir el resultado delictivo. Genéricamente son modalidades del delito imperfecto. No son delitos especiales.

Tanto en la doctrina y en las definiciones legales de la frustración y la tentativa la diferencia sólo

---

(138) Vannini. Op. cit., pág. 86.

(139) Gómez. Op. cit., pág. 174.

(140) Del Rosal. Op. cit., pág. 108.



es de grado (véase código español, panameño, etc.). La primera avanza en su ejecución un grado más, mientras que la última se estanca en un punto menor en la trayectoria del ilícito. Esa diferencia de grado, conforme hemos expuesto es sumamente imprecisa y no logra satisfacer las exigencias de la práctica. Por ello, no han dejado de oírse conceptos análogos de muchos renombrados juristas.

Quintano Ripollés admite que el único punto diferencial es la cuantía de los actos de ejecución: todos - en la frustración y algunos en la tentativa, pero carecen de validez general en la práctica. "Esta "contabilidad" de los actos teóricamente impecable, resulta harto más difícil de precisar en la práctica, dependiendo en gran parte de la naturaleza y características típicas del delito de que se trata, y sobre todo, que ésta tenga una realidad materialmente comprobable (141). Por lo expuesto existe un consenso casi unánime en el sentido de eliminar de los textos legales el delito frustrado. Esta figura, desde un punto de vista científico quizás sea admisible, pero en la práctica origina en definitiva dificultades mayúsculas e insuperables, pues las pretendidas diferencias, que sólo son cuantitativas, son prácticamente inapreciables - (142).

---

(141) Quintano Ripollés. Op. cit., pág. 229.

(142) Quintano Ripollés. Op. cit., pág. 227.

Enrico Ferri, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Germánico, participa de idéntico criterio e incluso Carrara.

Por considerarlo de interés reproducimos ciertos párrafos de la meritada Exposición de Motivos: "con el propósito de reglamentar las diversas hipótesis de la tentativa, la Comisión reconociendo, como reconoce, que - la distinción entre delito intentado y delito frustrado constituye un perfeccionamiento notable en la anatomía jurídica del delito ha considerado, sin embargo, que para los fines de la legislación positiva y de la práctica jurídica esta distinción sutil da lugar a sofismas fáciles, y que difícilmente los jueces (sobre todo los jueces populares) comprenden y admiten la figura del delito frustra-do, porque se puede pensar que si la consumación del delitito no se ha realizado, es porque el criminal no ha hecho, en su caso, todo cuanto era necesario hacer. He aquí por qué el Proyecto no distingue explícitamente entre el crimen intentado (tentativa) y el delito frustrado; pero deja al Juez la evaluación de los actos ejecutados por el - criminal como manifestación del estado de peligro más o - menos grave; y, por ende, el Proyecto le da también facultad de aplicar en los casos más graves de lo que pudiera llamarse delito frustrado una sanción igual a la estable-

cida para el delito perfecto" (143).

En la citada Exposición de Motivos se deja constancia del pensamiento de Carrara, quien emite conceptos favorables al Proyecto del Código Alemán de 1870 por haber hechos caso omiso de la figura del delito frustrado, que a la larga produce injusticias y dificultades por los encargados de administrar justicia.

En consecuencia, dada la imposibilidad de una diferenciación lógicamente rigurosa entre tentativa y frustración valedera en la legislación y en la práctica jurídica, es imperativo atenerse a la primera y desechar el binarismo clásico, a fin de conciliar la ciencia con la técnica del Derecho Penal.

En cuanto a la punibilidad no queda otra alternativa que darle un cierto margen discrecional a la apreciación del Juzgador.

Es de esperar, en un futuro no lejano, la unificación de todas las legislaciones en el sentido expuesto.

#### IV. LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACION EN LA LEGISLACION COMPARADA.

##### a) En América:

El binarismo clásico existen en algunos códigos

---

(143) Ferri, Enrico. Exposición de Motivos del Proyecto del Código Germánico.



de América. Entre ellos, el de la República Dominicana, Chile, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Honduras, Colomvia, Venezuela, Guatemala y Panamá.

No hacen la distinción Puerto Rico, Argentina, Perú, Méjico, Uruguay, Ecuador, Brasil, Costa Rica y Cuba.

En la terminología legal Puerto Rico usa indistintamente la tentativa y la frustración. Establece la equiparación de ambas figuras.

Los códigos de la Argentina, Perú, Méjico, Uruguay, Ecuador, Brasil y Costa Rica, a nuestro juicio, participan de las doctrinas que le niegan substancialidad a la frustración. En dichos cuerpos legales no existe un solo artículo que defina al delito frustrado y a la vez establezca diferencias con la tentativa. Sólo admiten este último instituto.

En cuanto al Código de Defensa Social de 1936 de Cuba, se da el hecho particularísimo de que omite toda referencia a la tentativa y a la frustración. Sólo hace alusión a éstas bajo su denominación genérica, es decir, como delito imperfecto. En efecto, el artículo 26 del Código Penal cubano en su apartado b) expresa: "Se considerará delito imperfecto aquel que por cualquier causa no lleque a consumarse".

El enunciado del expresado artículo ha sido objeto de reparos por su manifiesta vaguedad e imprecisión conceptual. No ~~contribuye~~ contribuye en manera alguna en determinar



los hechos constitutivos o esenciales del delito imperfecto e impide, además, configurar en la rama delictiva los hechos puestos en práctica por el agente comisor.


Jiménez de Asúa es uno de los impugnadores del uso de la frase del delito imperfecto en la legislación cubana. Los reparos más notables los fundamenta así: "como la frase delito imperfecto usada en la ciencia, pero no en las legislaciones, puede tener el amplio contenido de englobar los actos preparatorios, y como no se consigna en aquella vaga definición que los actos han de ser ejecutivos, no faltará intérpretes que ante un caso concreto de dudosa índole, pretendan que se da un delito imperfecto en el caso de que el autor lo está adecuadamente preparando, aunque todavía no haya comenzado acto de ejecución alguno" (144).

Es decir, que dicha concepción del delito imperfecto puede dar lugar a una lamentable confusión del mero acto preparatorio con los actos ejecutivos, que a la postre origina consecuencias absurdas, capaces de herir el sentimiento jurídico.

Gran parte de las legislaciones americanas que hacen la distinción exigen expresamente, para la configu

---

(144) Jiménez de Asúa, Luis. Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación comparada. 2<sup>a</sup>. tomo, Edit. Andrés Bello. Caracas, 1946, pág. 233.



ración de ambos institutos, el requisito que el resulta - do no se produzca por causas independientes de la voluntad. Entre ellas la legislación panameña (véase arts. 61 y 62 del C. Penal). Otras como la chilena no lo exigen expresamente en la tentativa (art. 7º. C. Penal). Pero sí en el delito frustrado. Sin duda alguna ese elemento estructural se desprende de la concepción doctrinaria de la tentativa y por lo tanto se presenta en ambas figuras. El artículo 7º del Código chileno al referirse a la tentativa expresa: "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución de crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento". Se observa, pues que en la concepción legal se omite dicho requisito.

Ciertos países, que aún conservan la distinción, han reconocido sea ya en las Exposiciones de Motivos de los Códigos, o en los sucesivos Proyectos de Reforma de éstos la imperiosa necesidad de eliminar tan sutil distinción.

En efecto, la Exposición de Motivos de 10 de agosto de 1916 del Código Panameño expresa: "ha desaparecido la sutil diferencia entre la tentativa y el delito frustrado. Tal distinción sin alcance práctico alguno, no tiene más valor que el puramente académico, y ha parecido por tanto conveniente eliminarlo para evitar lamentables y enojosas confusiones entre los encargados de apli-

car la ley". Pero, sin embargo, hasta la fecha la distinción perdura y con ella su inutilidad práctica y las confusiones en el juzgador en muchos tipos de delitos como - el Homicidio, lesiones, el robo, el hurto, la estafa, etc.

La jurisprudencia chilena, al igual que la panameña, es testigo fiel de las complicaciones prácticamente insuperables que produce la distinción en muchos tipos de delitos. Por ejemplo, en los delitos de hurto y robo la distinción ha sido particularmente difícil.

Parte de la jurisprudencia chilena ha establecido que la consumación del robo y el hurto no se produce, - sino cuando el sujeto activo está en situación de disponer libremente de las cosas sustraídas; cuando el sujeto alcanza a tomarlas y huye con ellas, pero es perseguido y alcanzado, el hecho es considerado como delito frustrado. Sin embargo, se advierten repetidos casos que este último supuesto ha sido calificado de manera distinta (145). Algunas veces ha sido sancionado en grado de tentativa y en - otras como delito consumado.

En las figuras jurídicas del homicidio y lesiones las dificultades también afloran. La jurisprudencia - ha establecido una distinción sumamente sutil que, hasta -

---

(145) Sentencia de la Corte Suprema de 12. de abril de - 1924, publicada en la "Gaceta de los Tribunales" de ese año, ley. Semestr, pág. 296; y de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de abril de 1929, publicada en "Gaceta"..... de ese año, ley. semestre, pág. 551.



cierto punto, no resiste los rigores de la lógica. Ejemplo: el que dispara a otra persona para matarla, con ese claro propósito, si yerra el tiro es responsable de tentativa de homicidio. Pero si acierta y sólo le causa heridas a la víctima es calificado el hecho de homicidio frustrado (146).

En este último supuesto se ha dicho que el sujeto ha puesto de su parte todo lo necesario para ocasionar la muerte, pero que no se ha producido por causas independientes de su voluntad.

En párrafos anteriores hemos expresado que esta distinción se torna insoluble en multiplicidad de casos. En el ejemplo expuesto cabe expresar que el sujeto no ha hecho todo lo que pudo estar de su parte para ocasionar la muerte a la víctima, pues se puede arguir que debió dirigir sus disparos en lugares vitales del organismo, sea el corazón o el cerebro, etc. Tanto el primero como el segundo supuesto pueden ser calificados de tentativa sin violentar las concepciones legales y doctrinarias de ésta.

Tantas han sido las confusiones enojosas que origina la distinción en el juzgador que en el prescinto legislativo chileno se han presentado dos proyectos en los años de 1938 y 1945 a fin de eliminar la distinción y abarcar esos momentos del iter criminis en la figura -

---

(146) Novoa Monreal. Op. cit., pág. 33.

de la tentativa. Hasta la fecha el espíritu de esos proyectos, incomprensiblemente, no han fructificado con éxito en el ordenamiento legal. Las razones las ignoramos.

En cuanto a la sanción cabe agregar que las legislaciones americanas que hacen la distinción, dosifican la pena que se le impone al reo en atención a la mayor o menor proximidad a la consumación. El delito frustrado - siempre conlleva mayor sanción que la tentativa, pues el legislador considera que aquélla está más cerca de la consumación que esta última.

En su mayor parte adoptan un criterio objetivo en las definiciones legales de dichas modalidades delictivas: cuando el culpable da principio a la ejecución del delito por actos exteriores y directos, pero faltando uno o más para la consumación hay tentativa. En cambio, habrá delito frustrado cuando el reo ha realizado todos los actos necesarios para la consumación, pero que no se lo logra por causas independientes de la voluntad.

b) En Europa:

Los códigos de España de 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944 (art. 3º); el de Portugal de 10 de diciembre de 1852 (art. 11); y el actual de Suiza (arts. 21 y 22) hacen la distinción de la tentativa y el delito frustrado.

Los demás sólo hablan de la tentativa (art. 49), Bulgaria (art. 48), Grecia (art. 42), Noruega (art. 49), Francia (arts. 2º y 3º), Italia (art. 56), Islandia (art. 48).



20), Holanda (art. 45), Finlandia (Cap. IV), Luxemburgo (art. 51), Polonia (Cap. III), Hungría (art. 18) y Alemania (párrafo 43 del Código de 1871). Este último hace la clasificación de tentativa incompleta o inacabada y tentativa completa o acabada (véase parágrafo 267). Pero esta clasificación no tiene correspondencia con la separación conceptual que realiza el legislador español. Este, al igual que la mayor parte de los iberoamericanos, establece la diferencia con un criterio objetivo. Veamos.

El art. 3º del actual código español preceptúa que existe la tentativa cuando el reo no realiza todos los actos de ejecución que deberían producir el delito; en tanto que el delito frustrado surge cuando se realizan to dos esos actos, pero, sin embargo, el delito no se consuma por causas independientes de la voluntad.

En cambio, el legislador alemán estima que en la tentativa inacabada el autor no ha hecho todo lo que por su parte creía necesario, mientras que en la completa o acabada el agente ha realizado todo lo que de su parte con sideraba necesario para la consumación delictiva. Es decir, la creencia del agente (elemento subjetivo) en la con cepción alemana de la tentativa es el punto de arranque para la diferenciación; en la española, el número de los actos ejecutivos es lo que cuenta para la delimitación de la tentativa y la frustración.

En cuanto a la dosimetría penal el legislador -

portugués establece expresamente que el delito frustrado conlleva siempre mayor penalidad que la tentativa. En cambio, el código suizo establece un amplio margen discrecional al juzgador para la imposición de la pena e incluso hasta podrá equipararla con la señalada para la consumación, (véase arts. 21 y 22). Sin duda alguna se advierte en éste la poca importancia de la distinción, - mucho más acentuada que en las legislaciones española y portuguesa.

La legislación suiza va más lejos, pues la sanción que le cabe al delito consumado podrá imponerse al autor de la tentativa así como al delito frustrado, lo que evidencia en cierto grado la preponderancia del criterio subjetivo-peligrosista, y por otra parte la inútil distinción práctica del obrar incompleto.

El legislador español establece que el delito frustrado se castiga con la pena inferior en un grado a la señalada por la ley al consumado; en tanto que a la tentativa de delito con la pena inferior en uno a dos grados, al arbitrio del tribunal, a la establecida para el delito tipo.

Es decir, a contrario de lo que ocurre en Portugal, el juzgador podrá equiparar la sanción en ambos momentos incompletos del delito. Hecho indicativo de cierta propensión del legislador hacia la unificación de ambos institutos. Aspiración largamente acariciada y soste

nida por los autores españoles.

Son tan sutiles y artificiosas las diferencias, que algunos autores esgrimen, entre la tentativa y la frustración que sus contornos desaparecen a medida - que de la generalización abstracta se pasa al plano concreto, originando lamentables confusiones en el juzgador.

La jurisprudencia española no ha estado exenta de esas confusiones. Casos estimados como tentativa han sido considerados como delito frustrado y viceversa. Veamos algunos.

En el delito de robo caben mencionar los siguientes precedentes; de los cuales, en cada uno de éstos, dos Corporaciones judiciales sostienen uno y otro criterio:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el mero apoderamiento de la cosa mueble ajena, mediante fuerza o violencia, integra la total ejecución del robo; y, por ello, asaltada la persona en forma violenta y haciéndole objeto de un disparo de arma de fuego, - que le causó lesiones graves, quedaron realizados los actos todos de ejecución del delito que no se consumó por hechos ajenos a la voluntad del agente, y, por tanto, incurre la Sala en error de derecho al estimar como tentativa lo que constituía delito frustrado de robo y lesiones graves" (147).

En otro fallo muy similar al anterior se optó por un criterio diferente:

---

(147) Sentencia de 9 de marzo de 1912. G. 3 de noviembre de 1912 (Véase Rodríguez Navarro. Op. cit., pág. 182.

"Habiendo dado principio el culpable por hechos exteriores, a la ejecución del delito de robo con violencia en las personas, causando al ofendido lesiones y ejerciendo sobre el mismo otros actos violentos ante la negativa de éste a entregarle la cantidad que exigía, pero sin llegar a tenerla a su alcance, incurre en error de derecho la Sala al calificar como delito frustrado lo que no excedió de los límites de una mera tentativa" (148).

En el anterior precedente parece deducirse un principio general que es el siguiente: hay frustración - cuando se ha llegado al apoderamiento de las cosas, pero no se ha podido disponer de ellas (149); pero es el caso que el Tribunal Supremo ha sancionado como delito frustrado de robo aquél que descerraja la caja de caudales pero no lo consigue porque faltaba de su sitio el dinero cuya apropiación se pretendía (150), es decir, que en este último caso, y otros, no ha existido apoderamiento, y la calificación ha sido de delito frustrado.

Sirvan los anteriores precedentes para demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha mantenido un criterio uniforme para separar el delito frustrado de la tentativa. Incluso, ha llegado hasta equiparar aquél con las conductas de imposibilidad delictiva (151).

---

(148) Sentencia de 26 de octubre de 1909.

(149) Sentencia de 21 de enero de 1920 y 17 de noviembre de 1922.

(150) Sentencia de 9 de mayo de 1914.

(151) Sentencia de 13 de diciembre de 1890, 10 de marzo de 1899, 9 de mayo de 1914.



Veamos algunos precedentes relativos a la estafa.

El Tribunal supremo ha expresado:

"Si resulta probado que el recurrente, en unión de otro, trató de apoderarse de dos bultos que suponía en la estación, presentándose en ella con el talón, y no lo consiguieron porque habían sido ya retirados de la misma, constituyendo estafa frustrada" (152).

Posteriormente se pronunció de manera opuesta - en un caso similar:

"Probado que el culpable, puesto de acuerdo con otro, se presentó con carta supuesta, demandando la entrega de un gabán, cuyo dueño, sospechando engaño, no se lo facilitó, es notoria la realidad de una tentativa de estafa" (153).

Con respecto al anterior, criterio distinto se observa en el siguiente precedente:

"Existe la frustración cuando no llega a consumarse íntegramente la estafa merced a una circunstancia ajena en absoluto a la voluntad del agente, cual fue la solución que tuvo la persona a quien quería hacer víctima de un engaño de las maquinaciones fraudulentas realizadas por el recurrente con el propósito de perjudicarlo" (154).

En los precedentes anteriores se observan las sutilezas y las inconsistencias a fin de lograr la distinción de esos momentos del obrar incompleto. Las dificultades serían menores si la calificación corresponde a la tentativa, que es la correcta. El delito frustrado

---

(152) Sentencia de 3 de enero de 1876.

(153) Sentencia de 19 de mayo de 1911.

(154) Sentencia de 23 de enero de 1935.

no puede pretender una autonomía frente a la tentativa. Su eliminación del texto es lo aconsejable, así evitaríamos sofismas fáciles y la labor del juzgador se tornaría menos compleja.

En los delitos de hurto ocurre algo semejante:

"Hay hurto frustrado, probando que el procesado cortó en el monte comunal de un pueblo leña para quemar por valor de x cantidad, la cual iba a llevarse cuando fue sorprendido"(155).

Criterio contrario se observa en el siguiente:

"Constituye tentativa de hurto el hecho de ser sorprendidos los recurrentes por la Guardia Civil cortando leña en un monte"(156).

Otro pronunciamiento ~~opta~~ por un criterio distinto al anterior:

"Procede calificar el delito de hurto como frustrado cuando, sorprendidos los culpables en el momento de realizarlo, no llega a consumarse por no practicar aquéllos todos los actos necesarios al efecto, como acontecería a los delincuentes si fuesen sorprendidos con la leña que fraudulentamente acabasen de coger" (157).

Este último precedente llega a una realidad lógica: la consumación no se ha logrado porque no se han realizado todos los actos necesarios para lograrla. Circunstancia que echa por tierra la concepción del delito frustrado desde un punto de vista objetivo. Sin embargo,

---

(155) Sentencia de 9 de junio de 1888.

(156) Sentencia de 4 de enero de 1887.

(157) Sentencia de 10 de diciembre de 1887.



se ha calificado el hecho como delito frustrado lo que - constituía tentativa.

Pareciera que el mero hecho del apoderamiento sea el principio general para la calificación de la frustración. Pero es el caso que tanto en el robo, en el hurto, etc., se observan precedentes en los cuales no ha existido el apoderamiento, y, sin embargo, se han sancionado dichas conductas como delito frustrado.

Un repaso general a los precedentes de la tentativa de delito y de delito frustrado nos lleva a la conclusión que no reina un criterio rigurosamente lógico para mantener la distinción de esas dos figuras. Insuperables son las dificultades para determinar cuando estamos en presencia de una y otra.

Por ello, es de esperar que en el futuro la distinción desaparezca del texto por las razones reiteradamente señaladas en el presente capítulo.

Lo ideal sería que el código español y los demás que observan la distinción, establezcan dos penalidades diferentes: una para la consumación, y la otra para la tentativa. Incluyéndose dentro de ésta la frustración o confundiendo ambas figuras. En cuanto a la punibilidad debe dársele un margen de discrecionalidad al juez para que la aplique, conforme sean el mayor o menor acercamiento de los actos a la consumación delictiva. O que se habilite al juez para aumentar o disminuir la pen

en los casos del delito inconcluso, tal cual sucede en -  
los Códigos penales de Alemania, Países Bajos y Bélgica,  
pero eso sí observando siempre una razonable disminución  
de pena en relación con el delito consumado.



## C A P I T U L O   V I I

### EL LIMITE SUPERIOR DE LA TENTATIVA Y LA EFICACIA DEL DESISTIMIENTO

#### I. El Límite Superior.

- A.- Generalidades.
- B.- Concepto de la Consumación
- C.- Consumación y Tentativa.
- D.- Consideraciones Finales.

#### II. La Eficacia del Desistimiento.

##### A.- Naturaleza Jurídica del Desistimiento.

- 1º. Teorías que niegan eficacia eximente al Desistimiento.
- 2º. Teorías que afirman la eficacia extintiva del Desistimiento.
  - a) Teorías de Fundamentación Política.
  - b) Teorías de Fundamentación Jurídica
- 3º. Conclusión con respecto a la Naturaleza del Desistimiento.

##### B.- Desistimiento y Arrepentimiento Eficaz.

##### C.- Presupuestos del Desistimiento.

- 1º. Con respecto a la conducta del desistente.
- 2º. Con respecto a la capacidad del que desiste.

##### D.- Requisitos del Desistimiento.

- 1º.- Su espontaneidad.

2º.- Renuncia a la actividad a que se dirigía el agente, y evitando el resultado propuesto.

E.- Efectos del Desistimiento.

1º. En la Empresa Individual.

2º. En la Empresa Criminal Colectiva.

F.- El Desistimiento en la Legislación.

1º. En los Códigos penales de Panamá y España.

2º. En Alemania.

3º. Otras legislaciones.

## C A P I T U L O   V I I

---

### EL LIMITE SUPERIOR DE LA TENTATIVA Y

### LA EFICACIA DEL DESISTIMIENTO

#### I. EL LIMITE SUPERIOR DE LA TENTATIVA.

##### A. Generalidades.

En este aparte nos compete la obligante misión de completar el trazado del área conceptual de la tentativa. En capítulos antecedentes distinguimos el umbral mínimo de su ilicitud penal, ahora nos encaminamos a señalar - en el proceso ejecutivo del delito un límite superior, más allá del cual desaparece la figura jurídica para darle paso al delito consumado.

Este límite superior forzosamente parte de la delimitación del momento consumativo de la realización plena del delito, ya que se considera que es tentativa todo principio de ejecución que penetra en la esfera del proceso ejecutivo y que no llega al ámbito de la consumación.

Los autores al establecer el límite máximo de la tentativa como actuar ilícito, concuerdan que es preciso efectuar una diferenciación entre los delitos materia -

les o de resultado y los delitos formales o de simple - conducta (158).

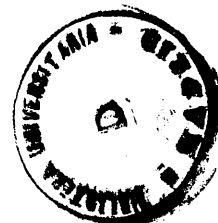
En los primeros, el límite superior se obtiene cuando se ultima todo lo que es necesario para consumar el delito, pero que no se logra por causas independien - tes de la voluntad. La falacia de este criterio la he - mos expuesto en el capítulo anterior. Por lo que cabe - concluir que, en los delitos de resultado, la tentativa tiene como límite superior la no realización de todos - los actos que exige la consumación del delito tipo.

En los delitos formales, dicho límite queda pa - tentemente establecido cuando el agente ha efectuado el penúltimo acto idóneo dirigido a lograr la consumación - del delito que se malogra por causas independientes a la voluntad del sujeto atentante. Es decir, en estas cla - ses de delitos la consumación sobreviene cuando se haya efectuado el último acto que es necesario para la adecua - ción típica, en razón de que la naturaleza de la conduc - ta no exige un resultado externo para darle vida al ilí - cito.

Tal como lo propugnan la legislación panameña y española y las que le son afines, así como la concibe la doctrina, para la existencia de la tentativa no basta la iniciación típica del delito, sino que es imprescindi

---

(158) Jiménez Huerta. Op. cit., pág. 160.



ble además, que la acción delictiva no se haya logrado completamente "por causa o accidente que sean el propio y voluntario desistimiento" del agente.

Ahora bien, la no consumación del tipo a que tendía el propósito delictivo, es el requisito que señala el límite superior del proceso de realización del delito en cuanto tal proceso. En otros términos, hasta inmediatamente antes que la consumación fuera un hecho.

Es dable observar que, por las razones expuestas en el capítulo anterior en el sentido de negar la separación de la tentativa y la frustración, es preciso radicalizar en la tentativa el mayor avance en el proceso de desarrollo del delito, inmediatamente anterior a la consumación.

De suerte que, para la correcta comprensión de este requisito de la tentativa (la no consumación del tipo) es menester investigar qué se entiende por consumación, término que fija según la ley y la doctrina el límite máximo de la conducta delictiva de la tentativa.

#### B. Concepto de la consumación.

El concepto del delito consumado es problema - que hoy no se discute. La ley se abstiene de expresar - las condiciones generales que lo configuran. Por ello es preciso inferirlas de la definición legal del delito adecuado a una figura típica, lo que facilita el conocimiento de sus elementos, presupuestos y condiciones que

coadyuvan a su plenitud penal.

Sin embargo, en la aplicación práctica de las figuras tipos no dejan de existir obstáculos, que nacen de la esencia de cada delito, respecto a la determinación de la consumación (159).

En la doctrina, también existen ciertas discrepancias en lo atinente a la determinación de la esencia de la consumación de un delito en particular.

Algunos autores son partidarios de una concepción substancial, la fundamentan en la lesión del bien penalmente protegido. Según ellos, el delito se consuma cuando se realiza el hecho que ofende al bien tutelado por la ley. Los elementos esenciales encuadrados en la figura típica, cuando encuentran su realización concreta, son los hechos que atacan al bien jurídico.

Otros, en aparente oposición a la tesis anteriormente expuesta, se inclinan por una concepción formalista. Sostienen que se consuma el delito cuando la conducta delictiva se adecúa a la figura típica descrita por el legislador. Cualquier otro elemento que se tome como base de referencia, según esta concepción, es un absurdo que se presta a múltiples confusiones, en razón de que la búsqueda del bien jurídico tutelado en un delito particu-

---

(159) Del Rosal. Op. cit., pág. 100. Sánchez Tijerina, Op. cit., pág. 340.



lar y su lesión, no son siempre estáticos, antes bien son variables. Razón por la cual, se impone una noción formal de la consumación.

Lo cierto es que tanto las teorías basadas en la lesión del bien jurídico penalmente protegido y en la adecuación de la figura delictiva típica sustentan puntos distintos, pero que no se excluyen.

Es en extremo difícil incluir el concepto del delito consumado en un solo campo con prescindencia del otro, ya que ambas posiciones se encuentran entrelazadas. Razonamiento que da bases suficientes para señalar que las diferencias son más de detalles que de fondo.

Tal orientación se encuentra compaginada con la concepción del delito consumado que de él tienen algunos tratadistas. A manera de ejemplo señalaremos los más connotados.

Franz von Liszt, expresa que el delito consumado "es el acto mismo contrario al derecho, culpable, definido en la ley", el cual supone que se hayan dado los caracteres del hecho determinado constitutivo del ilícito, y que de manera especial se haya originado el resultado previsto en la ley, en la definición del delito particular (160).

Cuello Calón, manifiesta que el delito se con-

---

(160) Von Liszt. *Op. cit.*, pág. 2.

suma cuando se hayan verificado todos los actos materiales de la ejecución que violan la norma jurídico-penal (161).

La consumación es un hecho, ha dicho Jiménez de Asúa, "cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad" (162). Es decir, el delito consumado exige que se hallen reunidos los requisitos de un delito tipo descritos en la norma penal.

Quintano Ripollés sostiene que "el último grado de ejecución, la realización perfecta de todos los elementos, tanto subjetivos como objetivos, del tipo constituye la consumación del delito, no definido legalmente, pero integrada en cada definición o enumeración de las figuras delictivas" (163).

El mismo criterio comparte Juan Del Rosal cuando expresa, la consumación "entraña la correspondencia de la conducta con el delito abstractamente diseñado en el precepto legal" (164).

Como se observa en las definiciones anteriores

---

(161) Cuello Calón. Op. cit., Tomo I, pág. 505.

(162) Jiménez de Asúa, Luis. Derecho Penal conforme al Código de 1928. Madrid, Reus, S.A., 1929. Nueva Edición, pág. 151.

(163) Quintano Ripollés. Op. cit., pág. 101.

(164) Del Rosal. Op. cit., pág. 102.

no existen diferencias substanciales, por lo que consideramos, siguiendo a dicho autores, la doctrina del delito tipo es la más adecuada para determinar la esencia de la consumación; existe ésta cuando se ha realizado lo que - el precepto legal prohíbe realizar; en otros términos, - cuando se ha obtenido el resultado que la norma jurídico-penal prohíbe.

C. Consumación y Tentativa.

En párrafos anteriores hemos delimitado, según la doctrina y la legislación, el concepto de la tentativa y la consumación como dos términos distintos en el proceso ejecutivo del delito. Sin embargo, la tentativa - tiene su consumación, pues su conducta se ajusta a un tipo accesorio con el que se protege a un bien jurídico, con una lesión de menor grado, que es muy diferente a la noción de la consumación concebida a todo lo largo de la presente investigación, que consiste -repetimos- en la realización plena de todos los elementos del delito en general.

En ese orden de ideas, el momento consumativo - de la tentativa tiene como límite superior la no realización de todos los actos que exige la consumación como - etapa conclusiva del iter criminis. La ausencia de esta etapa constituye, pues, uno de los requisitos esenciales para posibilitar la existencia de la tentativa - punible, ya que mientras no haya consumación sólo es po

sible deducir con certeza que no se han cumplido todos los actos ejecutivos que ella requiere, por cuanto que la determinación de la cuantía de estos actos es en extremo difícil a través de un criterio general, con prescindencia del resultado.

D. Consideraciones Finales.

Definido el concepto de la consumación, consideramos conveniente no extendernos más sobre el tema, - por una parte, al consenso doctrinal sobre su configuración, y por otra, a la imposibilidad única de abarcarlo en su totalidad, no sin antes dejar sentado que la tentativa se caracteriza por un comienzo de ejecución que no logra la realización de todos los actos que exige la consumación, cuyo número no puede determinarse a priori en un delito particular, los cuales varían según el contenido de la acción con que se proyecta lograr el resultado - criminoso, es decir variarán según las circunstancias del caso específico. En síntesis, se entiende por delito consumado aquél que reúne los requisitos exigidos por el tipo legal. Por ello, nuestros tribunales de justicia se ven abocados a resolver todos aquellos intrincados problemas de la consumación, tomando como base el tipo señalado en la norma legal en cada caso particular con un criterio - objetivo.

De suerte que el agente consuma el delito cuando la actividad desarrollada por él se hubiese agotado y

sea posible captarla objetivamente. Si en el supuesto caso el sujeto no hubiese ejecutado la acción principal típica, necesaria para la consumación, pero hubiere ejecutado algunas acciones anteriores que no llenan o satisfacen a plenitud el tipo penal se daría un caso concreto de tentativa, por lo que la especificidad de ésta radica en no lograr la consumación del delito por circunstancias que no dependen de la voluntad del agente. Razón que nos induce a pensar que todo momento o aspecto vivido en la tentativa está en íntima correlación con el delito consumado. A partir de este punto es sólo posible entender, comprender y delimitar el ámbito superior de la figura jurídica de la tentativa criminal. A ese límite superior ~~se refiere la jurisprudencia~~ de Panamá y España - cuando describen a la tentativa como la ejecución de actos apropiados encaminada a la comisión de un delito, - que dan principio a la realización de un hecho punible, que no se consuma por circunstancias independientes a la voluntad del agente.

Esos obstáculos impeditivos extraños al querer del agente no supone que tengan forzosamente la calidad de fortuitos, pueden ser el resultado de la voluntad de una tercera persona, fuerza mayor o cualquier otra causa que implique la interrupción de los actos ejecutivos, absolutamente ajena a la voluntad del agente.

Cabe agregar, a manera de excepción, que en -

ciertos supuestos se logra la consumación delictiva no siéndole a la conducta del reo objetivamente imputable. Ante ese hecho concreto, al sujeto no puede atribuírsele la consumación del ilícito por no serle imputable, pero en cambio puede ser procesado a título de tentativa. Tal situación impera en el ejemplo que se exterioriza a continuación. El delincuente asesta puñaladas a su víctima con intenciones de quitarle la vida, luego ésta es localizada en la pendiente de un río picada por víboras y los dictámenes de los médicos forenses informan que la muerte ha sido consecuencia directa del veneno mortífero localizada en partes vitales del cuerpo y no de las heridas inferidas. En el presente caso no se puede inculpar al reo por homicidio; antes bien sería por tentativa de homicidio, la lógica y los principios de justicia así lo aconsejan.

Por lo expuesto, en parte concluimos con Rodríguez Muñoz cuando expresa que la tentativa se circunscribe dentro de tres márgenes que son sus elementos básicos. El límite mínimo lo constituye el principio de ejecución que la diferencia de los meros actos preparatorios; un límite máximo dado por la no realización de todos los actos que exige la consumación del delito que la diferencia con el delito consumado; y un tercer límite lateral, la exigencia de que todos los actos de ejecución que deberían producir por resultado el delito, no

se logre, "por causa o accidente que sean su propio y voluntario desistimiento " (165).

## II . LA EFICACIA DEL DESISTIMIENTO

Concebida la tentativa típica como aquel proceso criminal que se detiene por mediar causas extrañas a la voluntad del sujeto, deja de serlo por la culminación del iter criminis en el delito consumado o por la cesación voluntaria del propósito delictivo, o sea, por el desistimiento en la empresa ilícita.

En cuanto al delito consumado, ya nos referimos. Insistir en él sería ocioso. Nos toca ahora ocuparnos - del desistimiento, como causa de impunidad, o como una causa legal absolutoria, tal como lo conciben una gran parte de la doctrina; o como una ausencia de antijuricidad tipificada, propugnada esta última por razones jurídicas, y aquéllas por razones de política criminal.

Según la doctrina, el desistimiento sólo tiene lugar con los actos ejecutados e impide la punibilidad de la tentativa que se deseaba consumir. Suele definírsele como la renuncia voluntaria y oportuna del proceder ilícito revelado en una conducta, que deja sin realidad ma-

---

(165) Rodríguez Muñoz, José Arturo; Notas al Tratado - de Derecho Penal de Edmundo Mezger; Derecho Pe - nal II tomo, 3ª. edición, Revista de Derecho Pri - vado. Madrid, 1957, pág. 271.

terial las consecuencias dañosas que pretendieron ocasionarse (166).

Por lo general, todas las legislaciones y casi toda la doctrina admiten que no debe imponerse pena alguna por una tentativa desistida voluntariamente.

En gran parte de esas legislaciones, el desistimiento tiene íntima relación con la tentativa y suelen referirse a él cuando definen ésta. Sin embargo, algunos códigos como el uruguayo y el constarricense hacen alusión al desistimiento en la co-delincuencia. Otros, en la proposición y la conspiración, como el ecuatoriano, el chileno, el nicaraguense, el hondureño, el guatemalteco, etc.

En este trabajo sólo nos interesa su relación con la tentativa criminal. Al denominar o definir la tentativa las legislaciones, entre otras las que son de estirpe hispánica, la configuran "como la ejecución de actos apropiados para cometer un delito, que dan principio a la realización del hecho punible sin llevarlo a cabo, por circunstancias independientes de la voluntad". Una interpretación en sentido contrario, nos llevará a la conclusión de que cuando median circunstancias que dependen de la voluntad del agente la tentativa punible no -

---

(166) Sentencia de 15 de enero de 1947, dictada por el Tribunal Supremo de España.



tiene razón de existir, pues el propósito criminal se paralizó por causas voluntarias, éstas han impedido la - existencia de uno de los elementos estructurales de la tentativa, cual es, la no consumación por causas independientes de la voluntad.

Sin embargo, la dogmática de otros países, la alemana, por ejemplo, de manera contraria a las legislaciones que siguen el modelo español, consideran el desistimiento como una causa extintiva de la pena, pero que no altera el carácter típico, antijurídico y culpable del acto de la tentativa.

La operancia del fenómeno del desistimiento que coloca al sujeto fuera de las redes del sistema punitivo, reviste singular importancia, y por ello, es la razón de terminante que nos mueve a la meditación, y, por ende, a investigar su naturaleza jurídica, sus presupuestos, sus elementos constitutivos, sus efectos.

#### A. Naturaleza Jurídica del desistimiento.

Diversas teorías han desarrollado reputados autores para fundamentar el desistimiento. Pero cabe agregar que incluso existen ciertas opiniones doctrinales que pretenden negar que la renuncia voluntaria pueda eximir de responsabilidad.

Se hace imperativo, pues, exponer brevemente esas posiciones doctrinales negatorias, que substancialmente son dos y que desde luego merecen severos reparos,



y, por consiguiente, con su rotundo rechazo, nos permitirá posteriormente emprender la tarea de desarrollar las doctrinas que afirman la eficacia extintiva del instituto.

1º. Teorías que niegan eficacia eximente al desistimiento (167).

a. Las primeras teorías son de naturaleza jurídica. Se basan en que en el mundo de los hechos jamás puede borrarse la mala acción ejecutada, ni siquiera por anulación posterior de su eficacia, por lo que se hace imperativo la aplicación de la sanción punitiva que necesariamente conlleva el hecho delictuoso.

Uno de los reparos que se le hacen a la anterior teoría consiste que una cosa son los hechos pretéritos que nadie puede hacer desaparecer, y otra cosa que tales actos tengan significación penal.

b. Las segundas se asientan en razones de naturaleza político criminal. Consideran que el reo meditará aún más para comenzar la empresa delictiva, al tener conocimiento que emprendida la acción ilícita no podrá eximirse de pena.

Esta concepción, los autores la refutan expresando que el delincuente no emprende la acción delictiva para luego arrepentirse, antes bien para lograr su propó

---

(167) Araújo. Op. cit., págs. 358 y 359.

sito criminal. Por otra parte, sus impugnadores consideran que es una falacia sostener que el reo delinquirá menos si tiene conocimiento que será sancionado aún cuando desista.

2º. Teorías que afirman la eficacia extintiva del desistimiento.

Las teorías que afirman la eficacia extintiva del desistimiento suelen agruparse, también, en dos grupos, según se basen en razones de naturaleza jurídica o de política criminal. Veamos.

a) Teorías de Fundamentación Política.

Las teorías de fundamentación política-criminal obedecen a las siguientes razones: se estima que el no castigo constituye un premio al renunciamento voluntario; un beneficio prodigado al desistente; una razón para que el Estado se abstenga de castigar al agente que se revele contra la delincuencia siempre que dé muestras de ese ánimo de manera indubitable. Es decir, que esta concepción considera que la sanción es un freno contrapuesto al impulso criminal, por lo que se debe brindar al delincuente motivos de arrepentimiento, siempre que se evidencie la cesación de la persistencia delictiva.

Estas teorías que se basan en razones de política criminal conciben el desistimiento como una causa personal de exclusión de la pena, como una excusa legal absolutoria, que jamás impide la existencia de la tentatiu

va ya configurada. Es decir, la tentativa subsistirá aún cuando el agente haya desistido de continuar su propósito criminal. Con el desistimiento desaparecerá sólo la pena, no por razones jurídicas, antes bien por razones de política criminal, pues el legislador "quiere tender un puente de oro para la retirada del agente", - tiene un evidente interés social en estimular el desistimiento de la tentativa, a fin de impedir la consuma - ción del delito.

Esta es una de las teorías que cuenta con un gran número de simpatizadores, tanto en la doctrina como en la legislación. Encuentra gran resonancia en la doctrina y en el ordenamiento jurídico alemán, conforme veremos al comentar la legislación comparada.

b) Teorías de Fundamentación Jurídica.

Varias teorías se someten a esta orientación, sin embargo, es necesario destacar la falta de uniformidad de fundamentos entre ellas.

Las principales se basan:

a.) En una ausencia de peligrosidad del agente comisor.

Esta posición doctrinal se caracteriza por su condición de menos contenido jurídico que las otras que se expondrán en párrafos sucesivos.

La falta de punibilidad a causa del desistimiento la justifica en que el abandono de la persisten-

cia criminal evidencia la falta de peligrosidad del agente.  
te.

El fundamental reparo que se le hace consiste en que la solidez del propósito criminal o la falta de peligrosidad del agente no constituyen condiciones de punibilidad de la tentativa (veáanse los reparos hechos a la teoría sintomática en el Capítulo V), por ello se considera irrelevante que esa falta de peligrosidad no exista en el desistimiento. Por otra parte, ciertos autores, entre ellos Carmignani, sostienen que no es muy seguro - que el desistimiento evidencia la ausencia de peligrosidad o de las intenciones del agente.

b') El desistimiento es una condición resolutoria de la punibilidad de la tentativa.

Esta posición doctrinal justifica sus fundamentos en la forma que sigue: la iniciación de la acción delictiva ecaminada a la consumación es objeto de represión criminal, si esta última no se logra por causas indepen-dientes de la voluntad; de modo que al producirse el abandono voluntario la impunidad sobrevenida obedece a una - condición resolutoria de la antijuricidad o de la sanción punitiva de la tentativa.

Se le critica por el hecho de admitir previamente la completa configuración de la tentativa, anulándose luego en virtud de la retroactividad del desistimiento, lo que implica una ficción, muy alejada de fundar la impunidad en razones jurídicas.

c<sup>1</sup>) El desistimiento es una condición suspensiva del delito.

Algunos autores expresan que las circunstancias independientes de la voluntad son condiciones suspensivas positivas del delito. Ahora bien, al intervenir el desistimiento deja de existir el delito, por cuanto que desaparecen las circunstancias independientes de la voluntad necesarias para la configuración de la tentativa. Por ello se dice que el desistimiento es una condición negativa del delito (168).

A pesar de que esta última teoría parece más lógica que la anterior, o sea la basada en la resolución de la punibilidad o antijuricidad de la conducta, ambas han sido objetos de casi las mismas críticas.

d') Otras teorías explican la impunidad subsiguiente al desistimiento por la ausencia de los elementos subjetivos de la conducta. Se le conocen bajo las modalidades de "teoría de anulación" y "teoría de la nulidad".

Según la "teoría de la anulación", la intención criminal dirigida a la violación de la norma penal, elemento constituyente de la tentativa, pierde su calidad de tal por la intervención de una conducta contraria manifestada por el desistimiento; es decir, éste destruye o anula los simientos estructurales de la tentativa basa

---

(168) Vannini. Op. cit., pág. 9.

dos en la intención criminal, por su contraria.

Sus impugnadores conceptúan que no existe en realidad un efecto anulatorio retroactivo, sino más bien la falta de persistencia criminal, que hace desaparecer el dolo de la tentativa.

"La Teoría de la Nulidad", por su parte, considera que el desistimiento es un elemento negativo de la tentativa misma. Según ella, no existe, en realidad, - una causa retroactiva de anulación de la intención, sino que dicha intención a causa del desistimiento es nula jurídicamente.

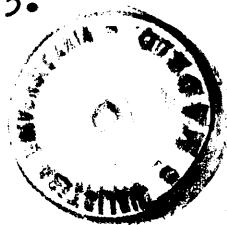
Para diferenciar esta concepción frente a la "teoría de la anulación", cabe reproducir las siguientes líneas:

"podría decirse que mientras -la teoría de la anulación- reconoce la existencia de dos voluntades: una que anima los actos que constituyen la tentativa y otra propia de los actos del desistimiento, que anula la primera; la teoría de la nulidad presenta a la voluntad de ambos comportamientos como fragmentos de una única voluntad de los cuales el desistimiento hace desaparecer al segundo" (169).

e') El Desistimiento excluye la punibilidad por

---

(169) Messina, conforme Araújo. Op. cit., pág. 365.



que implica la "ausencia de un elemento típico estructural de la tentativa" (170).

Se ha expresado que constituye un elemento estructural en la configuración de la tentativa clásica el requisito de "la no realización del resultado por causas independientes de la voluntad". De modo que cuando tales circunstancias no concurren no puede existir la tentativa punible. Esta no se concibe si la persistencia del propósito criminal es interrumpida por causas dependientes de la voluntad.

Es decir, que la involuntariedad de esa interrupción es un elemento jurídico de la tentativa. De manera que al intervenir el desistimiento voluntario y propio no existe el elemento estructural de la figura típica, cual es la paralización de la actividad ejecutiva por circunstancias independientes de la voluntad del agente. - Desde luego, por necesidad lógica se deriva, al mediar el desistimiento, la no punibilidad de la ejecución.

Esta teoría sostiene que el desistimiento, a contrario de las otras, no anula retroactivamente a la tentativa, ni consiste en una condición resolutoria de su antijuricidad, sino que en virtud de él se excluye un elemento constitutivo de la tentativa que priva al proceso ejecutivo del delito de toda significación penal, pues

---

(170) Tolomei, Alberto Domenico. El Problema Giuridico della Desistenza del Tentativo. Vol. III, 1ª. parte, 1912, pág. 267.



se considera que el hecho jurídico de la tentativa aún no ha existido al no producirse la circunstancia involuntaria interruptiva.

Al desistir el sujeto del propósito criminal, jurídico-penalmente no se produce el mínimun de la ilicitud penal, por cuanto falta la tentativa. Y como quiera que ésta es una causa de extensión de la pena, tal - cual hemos expresado al referirnos a la naturaleza jurídica de la tentativa, el desistimiento será una circunstancia que determinará la atipicidad (171).

Con los anteriores argumentos, la teoría en - mención, se contrapone, también, a la que sostiene que el desistimiento es una causa personal de exclusión de la - pena.

Repetimos, según esta teoría el desistimiento es una circunstancia penal impeditiva que se inserta en el proceso ejecutivo del delito impidiendo a la tentativa la configuración de uno de sus elementos estructurales, y por lo tanto esta no puede existir como tal. En cambio, la teoría que concibe el desistimiento como una excusa legal absolutoria o como una causa de exclusión de la pena en el fondo persigue la eliminación de la -

---

(171) Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. II tomo, Ediciones Ariel. Traducción y notas de Do. Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona, 1962, pág. 200 (véase la nota del traductor - Córdoba Roda).

sación punitiva, por motivos de pura conveniencia, por razones de político-criminales, para un hecho que conservaría su calidad de antijurídico, típico y culpable.

Esta teoría la de la "ausencia de un elemento típico estructural" o la de falta de antijuricidad tipificada goza de mucha reputación en la dogmática española y en las que siguen dicho modelo, conforme destacaremos al analizar la legislación comparada.

### 3º. Conclusión con respecto a la Naturaleza del Desistimiento.

Al parecer esta última teoría -la que propugna una falta de antijuricidad tipificada- encuentra resonancia en aquellas legislaciones que exigen como requisito de la tentativa "la paralización de la actividad ejecutiva por circunstancias independientes de la voluntad del agente", tales como la española y las que siguen fielmente sus modelos. Pues con el desistimiento voluntario y propio se impide a la tentativa la configuración del expresado elemento estructural. En ese supuesto se sostiene que la irresponsabilidad penal o la exención de pena es producto de la falta de existencia del hecho jurídico de la tentativa.

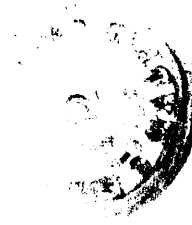
El criterio expuesto quizás sea valedero fundamentarlo en la empresa criminal individual. Pero se torna complejo y parece poco seguro en la empresa criminal colectiva. En ésta los efectos del desistimiento obedecen al principio de que es una causa personal de supresión de la pena.

Quintano Ripollés al comentar la legislación española, en discordancia con otros autores españoles, expresa: "no parece seguro que el desistimiento en la tentativa sea elemento propio, antes bien, resulta como en el derecho alemán una mera excusa de la punibilidad, por razones obvias de política criminal utilitaria. La tentativa, en efecto, subsiste en lo que tiene de dinámica la acción, desapareciendo tan sólo la pena" (172). Fundamenta dicho juicio al mencionar la ley de 18 de abril de 1941, referente al Bandidaje y Terrorismo, en la cual el desistimiento de uno de sus partícipes, que se torna en delator, no beneficia a los otros, por cuanto que la tentativa jurídica no ha desaparecido.

En la empresa criminal colectiva, cuando se opera el abandono o el desistimiento unánime de los partícipes, quizás no sea forzada la aceptación de la teoría de la falta de antijuricidad tipificada. Pero las dudas se tornan muy serias cuando uno de ellos desiste y los otros no. En estos casos resulta más aceptable la posición seguida por la dogmática alemana: la naturaleza del desistimiento es una causa personal de supresión de la pena.

---

(172) Quintano Ripollés, Antonio. Notas al Tratado de Derecho Penal de Edmundo Mezger, tomo II, 3ª. - edición, Edit. Revista de Do. Privado, Madrid, 1957, pág. 282.



¿Qué decir de aquellos actos en los cuales el instigador desiste, estarán los instigados y demás participantes exentos de pena por ese solo desistimiento o es necesario - que aquél por sí mismo impida a estos últimos, sea por medios morales o materiales, el comienzo de ejecución?.

¿Es posible concluir que el desistimiento voluntario del autor impida a la tentativa su carácter típico, pese a que tanto el coautor o el cómplice no hayan desistido?.

La casuística, en fin, nos ofrece muchos ejemplos concretos de la concurrencia de delincuentes en los que se hace necesario inclinarse por la teoría del desistimiento como causa personal de supresión de la pena, con miras a evitar soluciones que repugnan a la conciencia jurídica.

#### B. Desistimiento y Arrepentimiento Eficaz.

Las legislaciones que establecen la separación de la tentativa y la frustración, suelen distinguir entre el desistimiento y el arrepentimiento. Al respecto, Jiménez de Asúa ha expresado: "En general el arrepentimiento, como fórmula genérica, comprende el desistimiento, puesto que si se desiste es porque está arrepentido; pero en la dogmática penal -y dejando aparte otros aspectos del problema a que luego se aludirá- el desistimiento opera en la tentativa y el arrepentimiento en el delito frustrado, aunque los códigos suelen reglamentar el primero y sólo aluden el segundo al definir la frustración.

El arrepentimiento, por tanto, precisa una mayor tarea dogmática; mientras que en el desistimiento opera -predominantemente la interpretación" (173).

Las diferencias existentes entre uno y otro

---

(173) Jiménez de Asúa. Códigos Penales Iberoamericanos  
....., pág. 336.

consisten en las mismas razones que se alegan para justificar la pretendida autonomía del delito frustrado frente a la tentativa. De modo que, desiste quien inicia la ejecución delictiva, cambia de opinión e interrumpe su actividad criminal, como aquél que abre la ventana de la alcoba de su presunta víctima para robar, luego desiste y se retira. Se arrepiente aquel que ha cumplido todos los actos ejecutivos necesarios para la consumación, luego trata de evitar el resultado, como sería el caso de suministrarle a la víctima un contraveneno, o procurarle un fa-cultativo, para rescatarle de una muerte segura.

Ahora bien, si partimos de los supuestos de la tentativa alemana, que hace la distinción entre la acabada y la inacabada, y no hace la separación con la frustración, el desistimiento implicará un no hacer, en tanto - que el "arrepentimiento" una conducta positiva para arrepentirse.

Pero es el caso, que con los argumentos expuestos en el Capítulo Sexto del presente trabajo, se sostuvo la conveniencia de la supresión de la frustración y la estimación de la tentativa como la única modalidad del delito imperfecto, hay que considerar, por tanto, que cualquier abandono voluntario del propósito criminal, ante-rior a la consumación del delito, implica el desistimiento. Por ello, huelga la separación entre éste y el arrepentimiento eficaz. Tanto en uno como en otro debe ha -

blarse de desistimiento, así como en el delito imperfecto de la tentativa.

C. Presupuestos del Desistimiento.

Habida consideración aparte de los requisitos esenciales del desistimiento, éste necesariamente conlleva ciertos presupuestos que urge destacar, sea ya con relación a la conducta del desistente, sea ya con respecto a su capacidad penal.

1º. Con respecto a la conducta del desistente.

Como principio general, el desistimiento solamente tiene lugar en aquellos hechos que admiten la tentativa y sólo caben en esta fase ejecutiva, por lo tanto, no procede en los actos ejecutivos que hallan alcanzado la consumación del propósito delictivo.

Es necesario la iniciación de la acción típica encaminada al delito, en razón de que es inadmisibile el desistimiento cuando no se han superado los actos preparatorios, pues éstos no caen bajo la sanción penal. Sería irrelevante para el derecho desistir de una acción que no comporta pena alguna.

Los actos que comporte la acción criminal deben ser adecuados, para consumir el delito. De lo contrario carece de sentido desistir de los actos de  ejecución inaptos o insuficientes para la consumación delictuosa.

Finalmente, el desistimiento es inconcebible en aquellos actos que por sí mismos son criminosos y punibles.

2º. Con respecto a la capacidad del que desiste.

El desistente necesariamente tiene que ser un sujeto a quien se le pueda imputar un hecho que lesiona el bien jurídico, prohibido por la norma penal.

No debe estar amparado por aquellas causas de inimputabilidad señaladas en los ordenamientos legales.

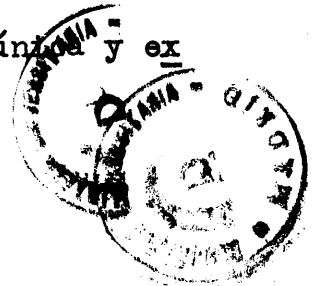
D. Requisitos de Desistimiento.

A más de los presupuestos ineludibles sobre los que descansa la tentativa, conlleva ciertos requisitos sin los cuales no es dable su configuración jurídica.

La doctrina concuerda que los más esenciales son los que se describen a continuación:

1º. Su espontaneidad.

Obedece simplemente a la libre resolución del agente en no ejecutar el ilícito, que puede tener lugar debido al temor, o al arrepentimiento ante una actitud perversa o cruel, o a la repugnancia que inspira el acto sea ya moral o físicamente o al poco provecho que se podría obtener. En fin, el desistimiento es espontáneo o voluntario, cuando la interrupción ejecutiva del delito acaece por las circunstancias que dependen única y ex



clusivamente de la voluntad del agente. Si, por el contrario, dependiese de causas casuales o extrañas a la voluntad del sujeto comisor esa conducta está exenta de es pontaneidad. Ilustrémosla con un ejemplo. Si un ladrón penetra en una casa residencial con propósito de robar y en el momento de la acción, al escuchar los gritos lastimeros de un moribundo, opta por abandonarla, conmovido - por el estado lamentable de su semejante, se está ante una conducta espontánea. Ahora bien, si, por el contrario, la interrupción ha obedecido al temor de que otras personas ~~de~~ despertasen y los descubriesen en su actitud con fines criminosos, entonces, habría una involuntariedad en el ánimo que dejaría de convertirse en un desisti miento, y.

2º. Renuncia a la actividad a que se dirigía el agente, y evitando el resultado propuesto.

Dicha renuncia, conforme ya dijimos, necesaria mente tiene que ser oportuna y voluntaria.

Esa renuncia no basta con la sola firmeza de la voluntad, tiene que reflejarse en hechos exteriores; pues el desistimiento como fenómeno psicológico no le in teresa al Derecho Penal, de la misma manera el mero pensamiento criminal.

El desistir no siempre implica un no hacer, o una actitud omisiva o negativa, en un no ejecutar los - actos necesarios para la consumación del delito. Pues



existen casos en los delitos de comisión en los cuales el desistimiento no opera con la interrupción de la actividad criminal iniciada, sino que es necesario que el sujeto ejerza una actitud positiva para desistir (174), como lo sería el ejemplo que hemos señalado, el del presunto victimario que le suministra a la víctima un contraveneno o un especialista para reprimir los efectos letales de un tóxico capaz de ocasionar la muerte. Como también sería la actitud del agente que ha lanzado al agua a su víctima, que no sabe nadar, luego cambia de opinión, y decide rescatarle de una muerte segura, arrojándole un tubo de goma, o empleando cualquier otro medio o instrumentos, o una tercera persona que hace el oficio de "salvavidas".

Este proceder en los dos ejemplos expresados, en los que se ha ejecutado una actividad por la cual se ha deshecho lo hecho por el agente, se le conoce por el llamado "arrepentimiento eficaz", que como expresamos en párrafos anteriores debe considerarse como un desistimiento.

E. Efectos del desistimiento.

1º. En la empresa individual.

Hemos dicho que, el desistimiento voluntario no es punible porque en su estructura lleva implícita la

---

(174) Vannini. Op. cit., pág. 108.

renuncia de la empresa criminal propuesta originariamente por el agente, concebido en estos términos, el hecho social de la pena no tiene objeto para aquél que desiste. - Al quedar liberado de la pena se concluye que es el principal efecto jurídico proclamado por casi todas las legislaciones. Entre ellas la española y la panameña. No obstante, esta exención de responsabilidad penal tiene su excepción: cuando los actos ejecutivos son por sí mismos - criminosos y punibles, tal como reza en las legislaciones de Costa Rica (art. 39); de Brasil (art. 13); de Colombia (art. 15); de Panamá (art. 61 inc. 2º) en la jurisprudencia de España y muchas otras. Por ejemplo: Aquél que - apunta sobre otro con una escuadra calibre 45 con intenciones de quitarle la vida y luego desiste de su propósito quedaría eximido de pena, pero responderá por el uso - prohibido de portar armas. Otro ejemplo, que es de común concurrencia en ciertas legislaciones es el caso del sujeto que posee en sus bolsillos unos cigarrillos manufacturados de marihuana o de la hierba denominada científica - mente cannabis sativa, y desiste voluntariamente de fumarlos, luego es sorprendido por la Guardia Nacional con los cigarros elaborados. No es responsable del delito de uso ilícito de canyaç, sino más bien debe responder criminalmente por el delito de su tráfico ilegal.

También se puede desistir de la consumación de delitos de extorsión, rapiña, secuestro, etc., sin que -

aparejen sanción alguna, pero se castigarán por los delitos de amenazas que hubieren provocado. Todo lo dicho ha sido con referencia a los efectos del desistimiento individual, nos mueve ahora analizar sus efectos en la empresa criminal colectiva.

2º. Efectos en la "empresa criminal colectiva".

Cuando todos los participantes en un ilícito desisten de él desaparecen los problemas, pues quedarán liberados de responsabilidad. La situación se torna compleja cuando uno o algunos de ellos ha desistido, en tanto que los otros no. Veamos algunos de estos últimos casos en los que existe abandono parcial de los partícipes.

a. Casos en los que no existe propiamente co-delincuencia. Ejemplo: dos coautores planean asesinar a una víctima designada disparando sobre ella sendas armas y una de ellas se abstiene de efectuar lo planeado. No puede responder por el delito de homicidio que consuma la otra, pues se entiende que en estos casos, cada coautor actúa independientemente. Si uno de ellos incurre en responsabilidad no tiene por qué responder el otro; la responsabilidad del uno no alcanza ni depende del otro coautor, ello en virtud de la ausencia de accesoriedad que existe en el presente caso (175).

b. El desistimiento del autor mediato valién-

---

(175) Jiménez de Asúa. La Ley y el delito, pág. 507.

dose de una persona inimputable para cometer un delito.

Los autores sostienen que para que el autor mediato sea declarado irresponsable en virtud del desistimiento es preciso que impida que el menor de edad o el enajenado mental lleve a cabo el propósito delictivo. De lo contrario, incurriría en responsabilidad penal.

c. Es dable mencionar la tesis dominante en Alemania (art. 42 del C. Penal) y en Italia (art. 56, párrafo 3º) en el sentido de que el desistimiento del autor no beneficie a sus partícipes, pero en cambio, el desistente sí gozará del beneficio de la impunidad. Esta opinión domina en estos países porque consideran que el desistimiento es una causa personal de supresión de la pena.

Existen pareceres discrepantes en las hipótesis del abandono voluntario del proceder ilícito en que participan varios sujetos. Se arguye que es condición indispensable que el desistente ensaye una actividad disuasoria aunque el inducido no acceda, sólo así quedará exento de pena (176). Otros aún van más lejos, sugieren que es preciso que se detenga la actividad criminosa del inducido, de lo contrario el desistente asume las consecuencias sobrevenidas haciéndose acreedor a la imputabilidad

---

(176) Jiménez Huerta. Op. cit., pág. 303.

del hecho (177). Esta última es la posición más correcta, a tono con el espíritu de justicia que anima el Derecho Penal.

d. Participación mancomunada en la ejecución del delito. Desde este punto de vista es preciso distinguir dos situaciones:

a') Si los codelincuentes han concertado distribuirse en partes la actividad criminosa, de modo que cada cual se ha comprometido a llevar a cabo determinado acto dirigido a la comisión delictiva, habrá exención de pena si todos desisten individualmente.

En cambio, si uno de ellos desiste con posterioridad a la tarea que le competía no habrá impunidad, su suerte dependerá de la comisión en conjunto. En tanto que si el abandono voluntario hubiese operado antes de cumplir con su trabajo criminoso y lo hubiese dado a conocer a los demás delincuentes gozará del beneficio de la impunidad (art. 47 del C. Penal de Costa Rica).

b') Por último, en cuanto a los efectos del desistimiento en la participación mancomunada en la ejecución del delito, en el caso de que a uno de los participantes se le encomiende un acto que se considera vital para la consumación delictiva, sin el cual el delito no podrá surgir a la vida jurídica, el desistimiento de ese par

---

(177) Vannini. Op. cit., pág. 101.

participante conlleva la irresponsabilidad de todos los demás co-delincuentes, en razón de que se estanca e imposibilita la ejecución perfecta del delito.

En fin, la casuística nos ofrece variados ejemplos de casos en los que participan varias personas, cuya solución es muy controvertida. En nuestras legislaciones las dificultades son más manifiestas, por la falta de una regulación adecuada del desistimiento.

F. El desistimiento en la legislación comparada.

1º. El Desistimiento en los códigos penales de España y Panamá.

El párrafo segundo del art. 61 del Código Penal de Panamá al igual que el tercero del artículo 3º. del de España hacen mención expresa del desistimiento voluntario: el agente que emprende la iniciación típica de un delito será eximido de pena cuando desista de su propósito delictivo. Esta eximencia de pena se tendrá por eficaz "salvo que alguno o algunos de los actos de ejecución constituyan, por sí mismos, actos criminosos y punibles, que se castigarán como tales". Así lo expresa la legislación panameña, al igual que la jurisprudencia española (178).

---

(178) La impunidad de la tentativa en caso de desistimiento no implica la absoluta irresponsabilidad del culpable en cuanto a los actos anteriores ejecutados, si éstos por sí solos constituyen delitos.

(Véase sentencias del 6 y 16 de octubre de 1890, dictadas por el Tribunal Supremo).

Dichos ordenamientos jurídico-penales son de los aquellos que no dan definiciones del desistimiento. Se caracterizan por ser extremadamente concisos en su regulación. Sólo se le menciona al definir o denominar la tentativa. Como efecto, únicamente, se deduce del texto legal la exención de pena al que voluntariamente desiste. Por ello la remisión a la doctrina ha sido de una necesidad obligante y la interpretación ha jugado un papel relevante. La labor de la jurisprudencia no puede desestimarse, antes bien, ha sido fructífera y ha aclarado puntos oscuros (179).

---

(179) Reiterada jurisprudencia panameña ha sostenido lo siguiente:

"La voluntad del desistimiento depende, como lo explica Carrara, de que la causa independiente de la ejecución, tenga su razón en un cambio enteramente espontáneo del agente; y ha de proceder de un arrepentimiento que recaiga sobre el fin, y no sobre los medios, esto es, sobre las condiciones del lugar, de tiempo y de modo, con los cuales, el malhechor había preparado la ejecución del delito".

(Casación, 10 de dic. de 1937, Registro Judicial N<sup>o</sup>. 35, pág. 1672).

La de España, tiene declarado que el desistimiento en un abandono voluntario, que nace del culpable (sentencia de 4 de mayo de 1929 y 4 de nov.e de 1948), que deja sin efecto material las consecuencias dañosas que intentaron producirse (sentencia de 15 de enero de 1947).

Lo anteriormente expuesto, ha sido mantenido aún por la jurisprudencia del pasado siglo, lo que implica su reiteración constante.

Con respecto a dichas legislaciones, surge la siguiente interrogante: ¿Es la eximencia de pena una concesión otorgada por el legislador por razones de política criminal, con miras a evitar que los delitos emprendidos lleguen a su último grado de perfección, o procede por carecer la tentativa, en virtud del desistimiento, de uno de sus elementos típicos que la sustrae de la punibilidad?.

Si se aceptan las razones de política criminal estaríamos ante una mera causa de supresión personal de la pena, la conducta desarrollada sería tentativa y no perdería su calidad de antijurídica y culpable, la que sólo por mediar el desistimiento queda exenta de -

---

"Si los hechos probados demuestran que no por propio y voluntario desistimiento del procesado, sino por oposición de la perjudicada, no continuó ésta en el empleo del medicamento y medio que como el abortivo le prescribiera aquél, en tal concepto es manifiesta la responsabilidad del recurrente por el delito de aborto en grado de tentativa".

(Sentencia de 10 de octubre de 1881).

"Al calificar el delito de tentativa de violación, no se ha cometido error de derecho, por no constar que hubiese desistido el culpable voluntariamente de su propósito, sino por causas ajenas a su voluntad".

(Sentencia de 9 de noviembre de 1881).





pena (x).

En cuanto al último supuesto de la interrogante, el desistimiento conlleva la exención de pena por el hecho de que se ha impedido la configuración de la tentativa (180). En efecto, la jurisprudencia española ha establecido que cuando no se practican los actos de ejecución, por causa que sea dependiente de su propio y voluntario desistimiento, no hay tentativa ni hecho punible - alguno (181).

Si así fuere, al faltar uno de los elementos - integrantes al mínimo de la ilicitud penal (o sea la tentativa) la exención de responsabilidad sobreviene como -

---

(x) Quintano Ripollés, Curso de Derecho Penal, pág. 230; Córdoba Roda - Notas al Tratado Penal de Maurach, - pág. 200, y otros autores, expresan que en la dogmática española no puede hablarse en rigor de una ex-cusa absolutoria. Rodríguez Muñoz, Notas al Tratado de Derecho Penal de Mezger, pág. 270, manifiesta que "el problema en orden al desistimiento en la tentativa se plantea en términos totalmente distintos que en el derecho alemán", que propugna, al igual - que el italiano, la naturaleza del desistimiento como una causa personal de exclusión de la pena.

(180) Lo mismo cabría sostener en el delito frustrado con la concurrencia del arrepentimiento (Véase - del Rosal. Op. cit., pág. 108).

(181) Sentencias de 11 de octubre de 1888 y 4 de mayo - de 1929).

un imperativo, pues la doctrina acepta que los actos realizados más allá de la tentativa son impunes como lo son los actos preparatorios, las resoluciones manifestadas - (salvo algunas legislaciones), las deliberaciones de los pensamientos criminosos, etc.

Para fundamentar el anterior juicio precisa de terminar, según el articulado de dichos códigos ¿qué elemento le ha hecho falta a la tentativa para su configuración, o más bien, en qué forma ha intervenido el desistimiento para impedir la plenitud jurídica de la tentativa?

Según el contenido del art. 61 del Código panameño y del párrafo 3º. del art. 3º. del Código español el estancamiento de la progresión criminosa se obtiene: a) - por circunstancias extrañas a la voluntad del agente, y b) por circunstancias que dependen de su voluntad.

En el primer supuesto si tales causas no hubiesen sobrevenido lo más seguro sería que el delito se haya ejecutado en toda su integridad o en todo su ámbito - conceptual. En el segundo supuesto, en virtud del desistimiento voluntario y propio que presupone ciertos requisitos, se priva a la tentativa de su carácter punible - (182).

---

(182) Tal principio, incesantemente, ha sido reiterado por la jurisprudencia española:

"El desistimiento que priva a la tentativa de delito de carácter punible es el exclusiva -

Si se estimare que la exención de pena es consecuencia directa de la falta de una antijuricidad tipificada, habría que manifestar que tal juicio no es absolutamente seguro. En efecto, el art. 8º de la ley española de 18 de abril de 1947, establece un criterio distinto. Dicha ley permite las excusas absolutorias y exime de penal al desistente delator y no así a los demás partícipes. La responsabilidad penal de éstos no desaparece. Por ello la expresada norma, al igual que el art. 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, que establece medidas preventivas o asegurativas, han servido de pauta para que Quintano Ripollés, en desacuerdo con otros autores españoles, sostenga la afirmación de que "no parece tan seguro que el desistimiento en la tentativa sea elemento propio, antes bien resulta como en el derecho alemán una mera excusa de la punibilidad, por razones obvias de política criminal utilitaria. La tentativa, en efecto,

---

vamente nacido de la voluntad del culpable que por propio impulso retrocede en el camino del mal y regresa al deber, y no el impuesto por circunstancias y accidentes independientes de su libre determinación, siguiera influyan en ésta.

El desistimiento de quien intenta cometer el delito de violación, debido al temor y sobrecogimiento que le causaron los gritos y voces de la ofendida, por cuyo modo ésta resistiese la violenta agresión de que fuese objeto, defendiendo a la vez su honor puesto en peligro, no es ciertamente el voluntario apartamiento de la prosecución del delito, - que excluye la responsabilidad".

(Véase de 11 de nov. de 1888).

subsiste en lo que tiene de dinámica de la acción, desapareciendo tan sólo la pena" (183).

En ese orden de ideas el desistimiento como eximente de responsabilidad porque impide la configuración típica objetiva del mínimum de la ilicitud penal, queda desvirtuada, o al menos sin bases firmes, por la existencia de dichas leyes, tal como lo ha expresado el Prof. Quintano Ripollés.

En cuanto al derecho panameño (184), no se observan leyes similares a las expresadas. Pero al fin y al cabo, el desistimiento tendrá que considerarse como una causa personal de supresión de la pena, porque a nuestro juicio, sólo así la naturaleza del desistimiento es-

---

(183) Quintano Ripollés. Notas al Derecho Penal de Mezger, pág. 282.

(184) La jurisprudencia panameña establece que la tentativa no es posible, porque el delito dejó de ser consumado por acto voluntario de quien deseaba su ejecución y aún llegó a iniciarlo. En ese supuesto estima que ha habido desistimiento, que es el resultado de un estado de ánimo que indujo al agente a evitar el daño que iba a producirse.

(Casación, 10 de diciembre de 1937. Registro Judicial N° 35, pág. 1672).

Dicha jurisprudencia al negar la existencia de la tentativa en virtud del desistimiento, prácticamente se hace partidaria de la falta - de antijuricidad tipificada como naturaleza - del desistimiento.

tará más en consonancia con los valores del derecho: la seguridad jurídica, la justicia y la utilidad.

2º. Alemania.

Según el parágrafo 46 del Código Penal Alemán la naturaleza jurídica del desistimiento es una causa personal de supresión de la pena.

El desistimiento es regulado expresamente tanto en la tentativa acabada y en la tentativa inacabada o incompleta. Los requisitos de uno y otro varían.

En la tentativa inacabada se exige la espontaneidad del desistimiento y la renuncia a la ejecución de la acción (número 1, parágrafo 46 del Código alemán), tal como se concibe en la jurisprudencia española.

En la tentativa acabada o completa la espontaneidad surge en un momento en que la acción del sujeto no ha sido descubierta. De lo contrario, no podrá eximírsele de penalidad. Además, es necesario que el agente - por su propia actividad impida el resultado (número 2, parágrafo 46 del Código Penal alemán). De suerte que si la realización plena del delito surge por causas que no sean ajenas al autor no habrá lugar a declarar impune la conducta del agente.

Al parecer, estos requisitos de la tentativa - acabada se corresponden con los exigidos al "arrepenti - miento", como motivos de impunidad, en los casos de to frustrado en las legislaciones que observan esta dis-



tinción, tales como la española, panameña y otras.

Como consecuencia de la naturaleza jurídica - del desistimiento como causa extintiva de la pena, en la legislación alemana, se desprenden los siguientes efectos:

- a.- El desistimiento libera de pena al que desiste,
- b.- El desistimiento del autor no exime de la pena al coautor, ni al instigador o cómplices, pues se considera que el acto punible aún subsiste en los casos que ellos han tomado participación.

No obstante, "el instigador y el participante - pueden aprovecharse, por sí mismos, del beneficio de la ley: el instigador y el cómplice, indudablemente, no podrán hacerlo por no consumación de la acción, pues si no habían terminado su acto, no serán, en suma, punibles todavía; pero si podrán eximirse de pena impidiendo el resultado de un modo independiente" (185).

- c.- Los actos de ejecución que constituyen por sí mismos actos criminosos y punibles, serán castigados como tales. Sólo desaparece la pena del acto intentado cuando medie el desistimiento.

En cuanto al desistimiento la legislación alema

---

(185) Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, traducción de Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Reus, Ed. 1917, págs. 23 y 24.

na se diferencia de la dogmática española en los siguien  
tes aspectos:

a.- Alemania hace la distinción de tentativa inacabada -  
y tentativa acabada. Los requisitos del desistimiento de  
una y otra varían.

España no hace esa distinción, pero legisla so-  
bre el delito frustrado que no tiene cabida en Alemania;  
por otra parte, la jurisprudencia española ha aceptado el  
"arrepentimiento" como causa extintiva de pena que tiene  
cierta semejanza con los elementos estructurales del de -  
sistimiento en la tentativa acabada alemana.

b.- La legislación alemana se caracteriza por una mayor  
regulación del desistimiento que la española. Ésta, con  
forme expresamos anteriormente, sólo lo menciona al defi  
nir la tentativa.

### 3°. Otras legislaciones.

a.- La mayoría de las legislaciones extranje-  
ras hacen mención expresa del abandono voluntario o el -  
desistimiento y como consecuencia de ello la exención de  
pena, aparte de los códigos de Panamá, España y Alemania,  
tenemos, además, el de la Argentina (art. 43), Italia -  
(art. 56, inciso 3°.), Brasil (art. 13), Grecia (art. 44),  
Polonia (art. 25), Islandia (art. 21, cap. III), Finlan-  
dia (Cap. IV, N° 2), Noruega (art. 50), etc.

El Código Penal de Hungría registra cierta par  
ticularidad que no se observa en las legislaciones expre

sadas. El juzgador está facultado a su arbitrio para - aplicar sanción sin límite alguno e incluso puede renunciar a su imposición en los casos de desistimiento (véase art. 18).

Las demás legislaciones, a contrario del Código Penal de Hungría, obligan al juzgador a declarar la exención de pena cuando el agente voluntariamente desiste de la acción. En Hungría la imposición o no de la pena es potestativa del juzgador. A éste no se le obliga decretar la impunidad en los casos del renunciamento voluntario y espontáneo de la acción delictiva. Tan es así que aun cuando el instigador y el cómplice renuncien a la ejecución del acto o impidan el mismo, o hayan cambiado las consecuencias del acto, son acreedores o no a una sanción. Ello depende del arbitrio judicial. También, es de observar que aun cuando el autor principal haya renunciado al propósito delictivo, el cómplice toma la misma suerte que aquél, aunque éste no haya efectuado manifestación alguna, expresa o material del desistimiento.

b.- Obras legislaciones no se refieren expresamente al desistimiento voluntario. Este se infiere de las definiciones de la tentativa. Entre ellas, Francia (art. 21.), Bélgica (art. 51), Luxemburgo (art. 51), el principado de Liechtenstein (art. 8\*), Holanda (art. 45), etc.

Estos códigos expresan que la tentativa es pu-



nible cuando se empieza la actividad delictiva, cuya ejecución no puede ser consumada por circunstancias independientes ~~de~~ la voluntad. Luego, a contrario sensu, es decir cuando medien circunstancias que dependen de la voluntad del agente o sea el abandono voluntario, no será punible la tentativa.

c.- Inglaterra, parece ser el único país de - Europa en el cual el desistimiento voluntario no es apto para excluir la responsabilidad. Ignoramos las razones.

d.- Otras legislaciones que no se refieren expresamente al desistimiento y que no es posible deducirlo de la definición legal de la tentativa, al parecer cabe - la posibilidad inferirlo de la definición del delito frustrado. El caso típico es la legislación chilena.

El art. 7<sup>º</sup>. se refiere a la tentativa en los siguientes términos: "cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento". Se observa que no hace mención alguna sobre las circunstancias impeditivas del resultado, sean extrañas o dependientes del - agente. Conforme a dicho tenor es, pues, imposible inferrir el desistimiento.

En cambio, al definir el delito frustrado, en el inciso 2<sup>º</sup>. del art. 7<sup>º</sup>. del Código, señala como elemento estructural que el delito no se logre "por causas independentes" de la voluntad del reo.

Ahora bien, a contrario sensu, si las causas impeditivas del resultado dependen de la voluntad del delincuente habrá desistimiento, aunque el término resulte impropio en la frustración, donde más bien cabe el "arrepentimiento eficaz".

Pero si el "desistimiento" cabe en esta etapa progresiva del actuar ilícito, con mucha mayor razón cabrá en la tentativa, de menor intensidad criminosa. La jurisprudencia chilena así lo ha señalado, no procede, - por lo tanto, sancionar al que voluntariamente desiste - de la tentativa. (186).

---

(186) Novoa Monreal. Op. cit., pág. 55.



## C O N C L U S I O N E S

El estudio doctrinal y jurídico de la tentativa, el esfuerzo desplegado para presentar el contenido de esta fase ejecutiva del delito y los diversos aspectos que la comportan nos permite establecer, como corolario de esta investigación, además de lo expuesto en capítulos antecedentes, las siguientes conclusiones y recomendaciones, que consideramos provechoso exponer:

Primera.- La Tentativa es la realización parcial de una voluntad criminosa que se caracteriza por la puesta en peligro del bien jurídico tutelado y, por ello, debe ser objeto de incriminación.

Por consiguiente, una voluntad dirigida a la comisión de un delito y su realización parcial por medio de hechos externos, constituyen requisitos sine qua non de la figura.

Segunda. Un delito requiere, como supuesto previo, para ser castigado en grado de tentativa que la actividad en caminada a producir el resultado delictivo sea fragmentable. En otros términos, el obrar antijurídico debe cumplirse en varias fases.

Los delitos que no admiten una sucesión periódica de la conducta o de la actividad punible no pue

den ser castigados en grado de tentativa.

Tercera.- El límite del mínimum de la ilicitud penal - está representado por el principio de ejecución del delito. El cual debe ser lo suficientemente claro y preciso a fin de evitar notorios abusos que repugnarían a la conciencia jurídica.

La determinación del comienzo de ejecución es una de las exigencias de la seguridad jurídica, por - cuanto que el castigo de la tentativa con base en la pura y simple manifestación de la voluntad o aún la realización parcial de la resolución criminal podría origi-  
nar lamentables injusticias, por ello la tentativa debe suponer la realización de actos que tengan la considera-  
ción de ejecutivos, lo que implica necesariamente, su - carácter de adecuado o apropiado para consumar el deli-  
to a que proyecta.

La delimitación del comienzo de la tentativa punible ha originado encendidas polémicas en la doctrina, la cual se encuentra muy dividida.

Algunos expositores seguidores de las corrientes subjetivas le niegan eficacia a la delimitación. Sin embargo, la mayoría de los autores la consideran imprescindible para los fines de las exigencias de la seguridad jurídica.

Con respecto a las teorías expuestas en el Capítulo IV del presente trabajo reina un mayor número de

doctrinas objetivas que afirman la posibilidad de la delimitación.

Ante la imposibilidad de lograr una delimitación del actuar ilícito mediante una fórmula legal que con seguridad y sin complejidades satisfaga toda la gama de casos suscitados en la práctica, una gran pléyade de escritores argumenta que es una cuestión de hecho que debe ser relegado a los tribunales. Sus opositores, expresan que tal posición va en desmedro del sistema legal positivo y de la dogmática jurídica, por cuanto que la misma conduce a un casuismo que lindaría con la arbitrariedad y los privilegios que pudiera conceder el juez dada su naturaleza humana.

Lo cierto es que una confrontación de las diversas teorías expuestas irremisiblemente nos lleva a la conclusión que la delimitación podrá ser más viable y menos insegura siguiendo el molde objetivo en el sentido de que el principio de la actividad delictiva surge de la objetividad en cada caso concreto, que precisa de todo lo subjetivo no debe desestimarse, antes bien, debe ser objeto de examen inmediatamente a la comprobación del acto antijurídico.

Ello se hace necesario, pues el deslinde no deja de presentar dificultades desde un exclusivo punto objetivista, aun partiendo de los estrictos moldes del tipo penal. Por ello el arbitrio judicial necesariamente -

tiene que jugar un papel relevante, por cuanto que las teorías expuestas resolverán determinados casos, pero no todos los planteados en la práctica. El mérito de esas teorías consistirían en servirle al juzgador de ayuda o guía en su labor interpretativa, pues en definitiva la delimitación del principio de ejecución es un problema de interpretación de la ley.

Cuarta.- La tentativa no es una actividad ilícita que tiene vida por sí misma, sólo es posible determinarla como entidad punible, asociándola a un tipo autónomo del delito. Requiere para su punibilidad, a diferencia del delito consumado o del delito tipo, de la combinación de dos normas legales: una fundamental, o sea la del tipo rector contenida en la Parte Especial de los Códigos, y otra secundaria, contenida en la Parte General. De lo contrario, la disposición que incrimina la tentativa sería una norma sin sentido y no tendría posibilidad de concreto funcionamiento si su contenido no se integrase y concretase con referencia al tipo, es decir al tipo autónomo del delito.

Quinta.- La represión de la tentativa criminal encuentra su justificación en la doctrina de la Escuela Realista, que es hoy la dominante tanto en Alemania, Italia, Francia, Bélgica, España, Ibero-América, etc. 7

Se sanciona penalmente el comienzo de ejecución de un delito por la puesta en peligro del bien o

interés protegido por la norma legal.

Sexta.- La concepción clásica (peligro del bien jurídico protegido) es la predominante en la mayor parte de los autores y las legislaciones nacionales. También se refleja en el castigo y la medida de la pena de la tentativa. Esta en principio es inferior en relación con el delito consumado. La prevalencia de esta tendencia se acentúa en consideraciones de naturaleza jurídica, política y de equidad.

Algunos autores y ciertos códigos, que son los menos, no dejan de estar influidos en cierto grado por las concepciones subjetivas. En principio, establecen la igualdad de su tratamiento represivo con el consumado, sin perjuicio de la apreciación judicial que puede aminorarla en los ordenamientos que así lo permitan.

En los países de Europa se registra mayor inclinación por las corrientes subjetivas que en los de América.

Rusia, Polonia, Finlandia, Hungría, Principado de Liechstentein, etc., establecen como principio general la igualdad del tratamiento punitivo con el consumado, salvo excepciones, sean dispuestas por la ley o por el arbitrio judicial. El juzgador, en Grecia, tiene facultades para equipararla, excepto en la pena de muerte. En cambio, en Francia es castigada como el crimen mismo. En España, cuando se atenta contra la vida del Jefe del Es-

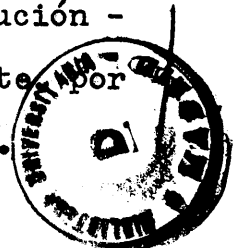
tado. En Suiza, podrá ser atenuada.

En América, sólo en la República Dominicana podrá ser sancionada como el crimen mismo. En Chile, la tentativa de robo podrá ser sancionada en el mismo grado del consumado, cuando se cumplen los requisitos establecidos en el art. 433 del Código.

Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones nacionales predomina la tendencia de la disminución de pena de la tentativa en relación con el delito consumado.

Por otra parte, es de observar, que la gran parte penan la tentativa en todo género de delitos. Otras, en determinados delitos, Francia y Alemania penan siempre la tentativa de crimen. Los otros delitos los castigan solamente en los casos señalados por la ley. Suecia establece sanción punitiva sólo para determinados delitos.

Séptima.- La tentativa conforme al pensamiento carraria no comporta un comienzo de ejecución del delito, que no puede existir en la tentativa inidónea o en el delito imposible, pues en esta última figura mal puede aceptarse la existencia de un principio de ejecución de un acto imposible que no puede empezarse ni terminarse. Por definición, la tentativa inidónea implica que la ejecución del delito es irrealizable, inicial y sucesivamente, por lo que resulta incongruente denominarla tentativa.





La tentativa clásica, repetimos, supone la existencia del elemento objetivo que consiste en el peligro corrido por los bienes jurídicos protegidos, por lo que los actos que impriman tal carácter deben ser idóneos o adecuados. En otros términos, el concepto de la tentativa envuelve el de la idoneidad. Si no existe tal no podrá haber tentativa, pues la acción inidónea, en ningún instante, jamás podrá poner en peligro los bienes penalmente protegidos.

Por lo expuesto, no participamos de la tendencia seguida por ciertas legislaciones y propugnada por - las doctrinas subjetivas en el sentido de atender a la - voluntad criminal y a la peligrosidad del autor como fundamento de la punibilidad del delito imposible, pues de aceptarlas incontables injusticias en desmedro del principio de la legalidad están supuestas a cometerse por el juzgador que, en definitiva, no estará exento de confundir el principio de ejecución delictivo con el mero propósito.

Participar de la tendencia subjetiva-peligro - sista sería negar la finalidad del Derecho Penal como tutelador del bien jurídico y trastocar sus fines con la - entidad protectora de la sociedad del sujeto que desarrolla una intención criminal reveladora de su peligrosi - dad, por cuanto que esta tendencia confunde y mezcla la puesta en peligro del bien jurídico con la personalidad

del agente reputado peligroso.

Como quiera que el delito es una realidad jurídica y no un síntoma y expresión de la personalidad del delincuente, participamos del criterio de los autores que propugnan la exclusión de la punibilidad del delito imposible, y, en su lugar, el establecimiento de la aplicación de medidas de seguridad sujetas al poder discrecional del juzgador.

Esta es la tendencia seguida por las legislaciones modernas a tono con el pensamiento clásico de la tentativa, que repetimos, es corriente dominante en la doctrina.

Octava.- La inútil distinción práctica de la tentativa y la frustración es manifiesta.

Las diversas tesis expuestas en pro de la separación, con miras a justificar la independencia conceptual de la frustración frente a la tentativa, fracasan cuando del plano abstracto se pasa al concreto (véase - Cap. VI).

La distinción es insoluble en la generalidad de los casos. Es de una insuperable dificultad demostrar cuando estamos en presencia de uno y otro caso. La carencia de contornos nítidos y precisos entre ambas figuras imposibilita sobremanera la autonomía de la frustración. Esta es un sofisma jurídico, por cuanto que según la concepción objetiva necesariamente conlleva la -

realización de todas las condiciones indispensables para la consumación, pero que, sin embargo, esta no se produce. De modo que, si la consumación no se logra es porque no se han cumplido todos los requisitos para su realización. Razón por la cual, sus presupuestos están basados en una sutil artificiosidad que no resiste un criterio rigurosamente lógico.

En ese orden de ideas, por conveniencias prácticas y de orden jurídico es preciso estimar a la tentativa como la única modalidad del delito imperfecto. No existe justificación alguna para mantener la distinción en las legislaciones. Es más jurídico y práctico, repetimos, atenerse a la tentativa y atribuírle cierto margen a la discreción del juzgador para la imposición de la sanción punitiva. Esta es la orientación observada por las modernas legislaciones. Es la norma a seguir por las que, aún, establecen la separación.

Novena.- Como quiera que las diferencias que se esgrimen entre el desistimiento y el arrepentimiento eficaz se basan, substancialmente, en las mismas teorías que propugnan la distinción de la tentativa y la frustración, estimamos más acertado la equiparación de ambos fenómenos que privan del carácter punible a dichas figuras. Es decir, cualquier abandono voluntario del propósito criminal, anterior a la consumación, debe reputarse como desistimiento.

De esa manera, la eficacia del desistimiento - no sólo precisará en todos los supuestos un no hacer del agente, en un no seguir ejecutando los actos necesarios para la consumación de la acción ilícita iniciada, antes bien, es indispensable en determinados casos una actitud positiva que impida la realización del hecho delictivo - (véase Cap. VII).

El desistimiento para que sea eficaz y de significación penal es preciso que se manifieste por hechos exteriores, pues como mero fenómeno psicológico se torna irrelevante para el Derecho Penal.

Con respecto a la naturaleza jurídica del desistimiento nos inclinamos por las teorías de fundamentación política-criminales. Por cuanto que la aceptación de su naturaleza como la falta de un elemento típico estructural de la tentativa o la ausencia de una antijuricidad - tipificada al parecer no tiene mucha correspondencia en los casos de la empresa ilícita colectiva, en la cual - uno de los participantes desiste y los otros no.

La excusa legal absolutoria o la causa personal de supresión de la pena es la más aceptable, pues - contribuye a ofrecer, en mayor medida, soluciones prácticas a determinados supuestos a tono con los valores del Derecho.



## RECOMENDACIONES GENERALES

A fin de contribuir, muy modestamente, a la uniformidad de los ordenamientos jurídicos nos permitimos formular las siguientes recomendaciones:

Primera.- Diversas legislaciones al definir o denominar la tentativa incurren en cierta superfluidad legal. En el texto exigen específicamente "dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores" - (párrafo 3º. del art. 3º del Código Penal español). La expresión "hechos o actos exteriores" es redundante, pues el Derecho se torna sensible sólo cuando se exterioriza en acciones humanas.

La sanción punitiva del obrar criminal, a cualquier título que sea, exige como condición general y previa su exteriorización.

El proceso de ejecución del delito siempre se traduce en un actuar u omitir, en consecuencia es inconcebible el principio de ejecución del delito sin una manifestación exterior.

La tentativa como la ejecución de una actividad punible, necesariamente debe, pues, cumplirse con - actos exteriores.

En pos de una correcta técnica de los cuerpos jurídicos, es un imperativo la eliminación de la frase

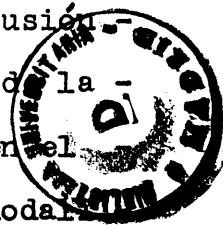
"actos o hechos exteriores".

En mérito de esas consideraciones, reclamamos una futura reforma de los códigos que literalmente en la tentativa, hacen alusión a ese requisito superfluo. Dichos códigos responden a los siguientes países: Bolivia, Costa Rica, España, Honduras, Rep. Dominicana, Argentina, México, Uruguay, Colombia, Brasil, Luxemburgo, etc.

Segunda.- Conforme a la Conclusión Séptima, la tentativa inidónea o el delito imposible no debe ser susceptible de pena, por ello, recomendamos, siguiendo a otros autores, la promulgación de una Ley especial o Código de Prevención Criminal, en la que se establezcan y apliquen medidas asegurativas a dichas conductas, con prescindencia de toda sanción punitiva, previa la determinación del estado peligroso del agente.

Reformas en ese sentido son de ineludible cumplimiento en los ordenamientos legales de España, (art. 52), Argentina (art. 44), Colombia (art. 18), Costa Rica (art. 42), etc.

Tercera.- Por las razones expresadas en la Conclusión Octava, los códigos que establecen la distinción de la tentativa y la frustración urgen de una reforma en el sentido de estimar a la tentativa como la única modalidad del delito imperfecto. Esa reforma se precisa en los ordenamientos legales de España, Portugal, Suiza, -



Rep. Dominicana, Chile, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Honduras, Colombia, Venezuela, Guatemala y Panamá.

Cuarta.- Recomendamos una mayor precisión en la regulación del desistimiento, con acentuado hincapié en las legislaciones de estirpe hispánica, a fin de lograr una unidad jurídica.

-----ooOoo-----

## B I B L I O G R A F I A

---

ANTON ONECA, José. Derecho Penal. Edit. Reus, S.A., -  
Preciados, 6. Madrid, 1929.

ANTOLISEI, Francesco. Osservazioni Critiche sul Conce-  
tto del Delitto Mancato. Riv. De. Proc. Pe-  
nale, v. 3, 1ª. parte.

ARAUJO, Orestes. La Tentativa. Bibl. de Publicaciones  
Oficiales de la Fac. de Derecho y C. Políti-  
cas de la Rep. del Uruguay, Montevideo, -  
1958.

BELLING, Ernst von. El Rector de los Tipos de Delito.  
Trad. y Notas de L. Prieto Castro y L. Agui-  
rre Cárdenas, 1ª. Ed. Edit. Reus, S.A. Bi-  
bl. Gral. de Legislación y Jurisprudencia,  
Vol. LXV. Madrid, 1948.

BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale. Parte Generale.  
Palermo, 1945.

BUCCELLATI, Antonio. Istituzioni di Diritto e Procedu-  
ra Penale. Milano, 1884.



BOUZAT, Pierre. Traité Théorique et pratique de droit pénal. Paris, 1951

CARRARA, Francisco. Tentativa y Complicidad. Versión al Castellano con prólogo y notas de Vicente Romero Girón. 2ª. Edición. Centro Comercial de Góngora. Madrid, 1926.

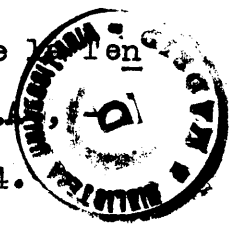
Programa del Curso de Derecho Criminal. -  
Parte General. Edit. de Palma. Buenos Aires, 1948.

CASTEJON, Federico. Génesis y Breve Comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944. -  
Editorial Reus, S.A., Madrid, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Generale del reato. Padova, 1933.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Duodécima Edición. Edit. Bosch. Barcelona, 1956.

CEREZO MIR, José. Lo objetivo y lo Subjetivo de la Tentativa. Gráficas Andrés Martín, S.A., Juan Membrilla, 9. Valladolid, 1964.



DALLOZ. Recueil périodique et critique mensuel de jurisprudence. Paris, 1929.

DEL ROSAL, Juan. Derecho Penal Español. Tomo II. S.  
Aguitre Torre, impresor. Madrid, 1959.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1949.

FRIAS CABALLERO. El proceso Ejecutivo del Delito. Buenos Aires, 1956.

FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Murcia, 1946.

FERRI, Enrico. Principios del Derecho Criminal. Trad. de Arturo Rodríguez Muñoz. Edit. Reus, S.A., 1ª. Edición. Madrid, 1933.

Exposición de Motivos del Proyecto de Código Germánico.

FIORETTI, Giulio. Note critiche sul tentativo. Vol. 11, 1890.

GARGILOPEZ, Adolfo de Miguel. Derecho Penal. Parte General, 1ª. Edic. Inst. Edit. Reus. Centro de Enseñanzas y Publicaciones, S.A., Preciados 23 y 6, Puerta del Sol, 12. Madrid, 1940.

GAROFALO, Rafael. Criminología. Bibl. Cient. F.L. -

Traducción española de Pío Baroja. Madrid, 1926.

GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Cía. Argentina de Editores. Tucumán, 826. Buenos Aires, 1939.

IMPALLOMONTI, Giovan Battista. Istituzioni di Diritto Penale. Tip. Torinese. Torino, 1908.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. 2da. Edic. Edit. Hermes. México, 1959.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Edit. Porrúa, S.A. Ave. Rep. Argentina, 15. México, D. F., 1955.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. El Iter Criminis y la Tentativa. El Criminalista. Vol. IV. Buenos Aires, 1951.

Los Códigos Penales Iberoamericanos. Estudio de Legislación Comparada. 2<sup>a</sup>. Tomo, Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946.

Derecho Penal conforme al Código de 1928. Edit. Reus, S.A. Madrid, 1929.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale. Vol. II, Torino, 1948.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Vol.

I. Edit. Termis. Bogotá, Colombia, 1956.

MASSARI, Eduardo. La dottrine generale del diritto pena-

le. Napoli, 1930.

Il momento esecutivo del reato. Napoli, -

1934.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, -

Edit. Revista de Do. Privado. Madrid, -

1957.

MOTA SALAS. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justi

cia de la Rep. de Colombia. Tomo V, Vol. I,

1944.

NÚÑEZ BARBERO, Ruperto. El Delito Imposible. Derecho.

Tomo V, Número I. Salamanca, 1963.

NOVOA MONREAL, Eduardo. El Proceso de Generación del -

delito, Tentativa y Delito Imposible. Publ

de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la Univ. de Concepción. Chile, 1963.

OLIVA, César. Del Tantativo. Riv. Penale. Vol. 16,

1882.

PETROCELLI, Biagio. Il Delitto Tentato. Padova, 1965.

PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Tomo II, Parte -  
General. Vol. II, 5ª. Edic., Edic. Nau-  
ta, S.A., Ríos Rosas, 57. Barcelona, 1959.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Comentarios al Código Pe-  
nal. Vol. I. Edit. Revista de Derecho Pri-  
vado. Madrid, 1946.

Notas al Tratado de Derecho Penal de Edmundo  
-Mezger. Derecho Penal. II, 3ª. edición.  
Madrid, 1957.

Curso de Derecho Penal. 1er. Tomo. Edit. -  
Rev. de Der. Privado. Madrid, 1963.

RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Notas al Tratado de De-  
recho Penal de Mezger. Derecho Penal, II,  
Madrid, 1949.

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel. Doctrina Penal del Tribunal  
Supremo. Tomo I. M. Aguilar editor. Ma-  
drid, 1947.

ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del Derecho Penal. -  
Edit. Termis. Bogotá, Colombia, 1958.

SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General. Edit.  
Bosch. Barcelona, 1956.

SANCHEZ TIJERINA, Isaías. Código Penal Anotado. Inst.

Edit. Reus, Preciados, 23, 6. Madrid, -  
1948.

SILVELA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. -  
Imp. M. G. Fernández. Madrid, 1879.

TORCUATO FERNANDEZ MIRANDA. La Justificación del Esta- /  
do. Inst. de Estudios Políticos. Madrid,  
1946.

TOLOMEI, Alberto Domenico. Il problema giuridico della  
desistenza del tentativo. Riv. D. e Proc.  
Pen. Vol. 32, 1ª. parte, 1912.

VANNINI, Ottorino. Il Problema Giuridico del tentati -  
vo. Milano, 1950.

VASQUEZ ABAD, Angel Martín. Tratado de Derecho Penal -  
Colombiano. Ediciones "Universidad Pon -  
tificia Bolivariana". Colombia, 1948.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo III.  
Trad. de Luis Jiménez de Asúa. Edit. -  
Reus, S.A. Madrid, 1917.

Tratado de Derecho Penal. Tomo III. 2ª.  
Edición. Edit. Reus, S.A. Madrid, 1929.

CÓDIGOS:

Les Codes Pénaux Europeens, por Marc Ancel  
y colaboración de Ivonne Marx. Tomos I,  
II y III. Publié par le Centre Français  
de droit comparé; 28, rue Saint-Guillaume.  
Paris, 1957.

México.

Guatemala.

Salvador.

Nicaragua.

Honduras.

Costa Rica.

Panamá.

Colombia.

Venezuela.

Ecuador.

Perú.

Brasil.

Uruguay.

Argentina.

Paraguay.

Chile.

-----



# I N D I C E

## LA TENTATIVA CRIMINAL EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION COMPARADA

### Pág. Nº.

INTRODUCCION . . . . . I

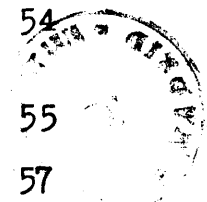
### CAPITULO I - DIVERSOS MOMENTOS EN LA VIDA DEL DELITO.

I. Planteamiento . . . . .	1
II. El Iter Criminis . . . . .	3
A. Fase Interna . . . . .	6
Ideación, Deliberación, Resolución . . . . .	6
B. Fase Externa . . . . .	9
1. Los Actos Preparatorios . . . . .	9
Las Resoluciones Manifestadas: Conspiración, Proposición, Provocación . . . . .	14
2. La Acción Imperfecta . . . . .	19
1. La Tentativa . . . . .	20
2. El Delito Frustrado . . . . .	21
a) Ejecución de todos los actos necesarios para la ejecución . . . . .	23

b) Falta de consumación por causas indepen- dientes de la volun- tad . . . . .	25
3. El Delito Consumado . . .	26

CAPITULO II. - RESEÑA HISTORICA DE LA TENTA-  
TIVA CRIMINAL Y SU DELIMITACION  
NORMATIVA EN SU CONTENIDO MA-  
TERIAL.

I. Reseña Histórica de la Tentativa Criminal . . . . .	29
II. Delimitación Normativa de la Ten- tativa en su Contenido Material .	36
1º. Noción . . . . .	37
2º. Estructura . . . . .	45
a) La intención o el elemen- to moral . . . . .	47
b) El elemento físico . . .	51
3º. Presupuestos de la Conducta.	54
a) Fragmentación de la Con- ducta . . . . .	54
b) Delitos que no admiten la tentativa . . . . .	55
4º. Actos Constitutivos . . . .	57
a) Carácter Externo de los Actos de Ejecución . . .	61
b) Carácter de los Actos Idó- neos o Adecuados . . .	63



CAPITULO III - NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA TENTATIVA

I. Naturaleza Jurídica de la Tentativa . . . . .	66
II. Fundamentación de la Tentativa . . . . .	73
A. Teorías Objetivas . . . . .	74
1ª. Teoría de Manzini . . . . .	74
2ª. Teoría de la Escuela Realista . . . . .	75
B. Teorías Subjetivas . . . . .	78
1ª. Teorías Voluntaristas . . . . .	78
2ª. Teoría Positivista o Sintomática . . . . .	80
3ª. Teoría de la Alarma Social . . . . .	83
III. Fundamentación de la Tentativa en el Derecho Comparado . . . . .	85
A. La Teoría Subjetiva en el Derecho Comparado . . . . .	85
1ª. Alemania . . . . .	85
2ª. Francia . . . . .	89
3ª. América . . . . .	91
B. La Teoría Objetiva en el Derecho Comparado . . . . .	93
IV. Punibilidad de la Tentativa . . . . .	98
A. El Castigo de la Tentativa y la medida de su pena . . . . .	98
1ª. Igualdad del tratamiento represivo con el delito . . . . .	

consumado . . . . .	98
2º. Disminución de pena en el castigo de la tentativa . . . . .	99
B. El Castigo de la Tentativa en la Legislación Comparada . . . . .	101
a) En América . . . . .	101
b) En Europa . . . . .	104

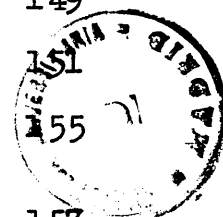
CAPITULO IV - LOS ACTOS PREPARATORIOS Y LA TENTATIVA O EL MINIMUM DE LA ILICITUD PENAL.

I. Planteamiento . . . . .	112
II. Fundamento de la Impunidad del Acto Preparatorio . . . . .	114
III. Criterios Delimitativos . . . . .	119
A. Su importancia . . . . .	120
B. Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos . . . . .	122
a) Posiciones Doctrinales Nulificadoras de la Delimitación . . . . .	122
b) Posiciones Doctrinales - que afirman la posibilidad de la Delimitación . . . . .	125
1º. Teoría de la Unicidad . . . . .	125
2º. Mayor o Menor Proximidad a la Consumación . . . . .	128
3º. Ataque a la Esfera Jurídica de la Víctima . . . . .	128
4º. Lesión del Bien Ju-	

	<u>Pág. N.º.</u>
rídico Protegido. .	130
5º. Juicio de Adecuación de los Actos . . .	132
6º. Teoría del Delito Tipo . . . . .	133
7º. Otras Posturas . .	137
IV. Consideraciones Generales . .	138
a) En relación con el límite mínimo . . . . .	138
b) En relación con la delimitación . . . . .	140

CAPITULO V - LA TENTATIVA INIDONEA O EL DELITO IMPOSIBLE.

I. Consideraciones previas . . . . .	144
II. La Inidoneidad de la Tentativa o el Delito Imposible en la Doctrina . . . . .	147
1º. La Doctrina Clásica o carrarina . . . . .	147
2º. Teoría Subjetivista . . . . .	148
Críticas . . . . .	149
3º. Doctrina Mixta o Intermedia. . . . .	151
Críticas . . . . .	155
4º. La Teoría de Garófalo o la Concepción Sintomática . .	157
Reparos . . . . .	158
III. La Punibilidad del Delito Imposible en la Legislación Comparada. . . . .	159
a) En América . . . . .	159
b) En Europa . . . . .	162



	<u>Pág. N°.</u>
Suiza . . . . .	162
Alemania . . . . .	163
Polonia . . . . .	165
Grecia . . . . .	165
Hungría . . . . .	166
Francia . . . . .	166
Italia . . . . .	167
España . . . . .	168

CAPITULO VI - LA TENTATIVA Y EL DELITO  
FRUSTRADO.

I. Concepto de la Frustración .	183
II. Réplicas a la Pretendida Auto- nomía del Delito Frustrado .	185
A. Ejecución de todos los Ac- tos Necesarios para la Con- sumación . . . . .	185
1º. Inadmisibilidad lógica del Delito frustrado	185
2º. El número de actos eje- cutivos, el dolo y el castigo deben ser mayo- res en el delito frus- trado que en la tenta- tiva. Réplica . . . .	187
B. Falta de Consumación por cau- sas Independientes de la Vo- luntad . . . . .	189
1º. La autonomía del delito frustrado frente a la tentativo no puede fun- damentarse en el crite-	

	<u>Pág. N.º.</u>
rio de la inimputabilidad de la no ejecución del resultado . . . . .	189
2.º. Inconsistencia del criterio: la conducta desplegada por el agente en el delito frustrado responde a la absoluta idoneidad de los actos. . . . .	192
a) Idoneidad de los medios empleados . . . . .	193
b) Idoneidad del Objeto Material del delito . . . . .	195
3.º. La Puesta en Peligro del Bien Jurídico es mucho mayor en el delito frustrado que en la tentativa, por lo tanto de allí emerge su autonomía. Réplica . . . . .	197
III. Conclusión . . . . .	198
IV. La Tentativa y la Frustración en la Legislación Comparada . . . . .	201
a) En América . . . . .	201
b) En Europa . . . . .	207

CAPITULO VII - EL LIMITE SUPERIOR DE LA TENTATIVA Y LA EFICACIA DEL DESISTIMIENTO.

I. El Límite Superior . . . . .	216
A. Generalidades . . . . .	216
B. Concepto de la Consumación . . . . .	218

	<u>Pág. N.º.</u>
C. Consumación y Tentativa . .	222
D. Consideraciones finales . .	223
II. La Eficacia del Desistimiento .	226
A. Naturaleza Jurídica del Desistimiento . . . . .	228
1º. Teorías que niegan eficacia eximente al Desistimiento . . . . .	229
2º. Teorías que afirman la eficacia extintiva del Desistimiento . . . .	230
a) Teorías de Fundamentación Política . .	230
b) Teorías de Fundamentación Jurídica . .	231
3º. Conclusión con respecto a la naturaleza del desistimiento . . . . .	237
B. Desistimiento y Arrepentimiento Eficaz . . . . .	239
C. Presupuestos del Desistimiento . . . . .	241
1º. Con respecto a la conducta del desistente . . .	241
2º. Con respecto a la capacidad del que desiste . .	242
D. Requisitos del Desistimiento	242
1º. Su espontaneidad . . . .	242
2º. Renuncia a la actividad a que se dirigía el agente, y evitando el resultado propuesto . . . . .	243
E. Efectos del Desistimiento . . .	244



	<u>Pág. N.º.</u>
1º. En la Empresa Individual . . . . .	244
2º . En la Empresa Criminal Colectiva . . . . .	246
F. El Desistimiento en la Legislación . . . . .	249
1º. En los Códigos penales de Panamá y España. .	249
2º. En Alemania . .	256
3º. Otras legislaciones	258
CONCLUSIONES . . . . .	262
BIBLIOGRAFIA . . . . .	275

-----oo00oo-----